Die Unrechtsfolgen beim Versuch nach dem Reichsstrafgesetzbuch, den deutschen und ausländischen Entwürfen.

Inaugural=Dissertation

der juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl Zinsmeister
aus München
Referendar am Bezirksamt München

Approbiert am 11. Mai 1929.

1929

Buchdruckerei J. Wagner, Ichenhausen.

29:374

Die Unrechtsfolgen beim Versuch nach dem Reichsstrafgesetzbuch, den deutschen und ausländischen Entwürfen.

Inaugural=Dissertation

der juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl Zinsmeister
aus München
Referendar am Bezirksamt München

Approbiert am 11. Mai 1929.

1929

Buchdruckerei J. Wagner, Ichenhausen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533907_0034

Referent:
Universitätsprofessor Dr. Köhler.

Inhaltsangabe.

Literatur . . . . . .

A) Einleitung 1

B) Geschichtlicher Ueberblick 2

C) Die Unrechtsfolgen beim Versuch de lege lata. 5

I. Positives Recht 5

1. Kapitel: Grundsätzliches 5

2. Kapitel: Bestrafung 7

I. Abschnitt: Die absolute Strafbarkeit des Versuchs 11

II. Abschnitt: Die relative Strafbarkeit des Versuchs 12

3. Kapitel: Weitere Unrechtsfolgen 14

4. Kapitel: Der Rücktritt vom Versuch 16

II. Zweifelhafte Fälle der Bestrafung 18

1. Kapitel: Bei sämtlichen Deliktsgruppen 18

I. Abschnitt: Der untaugliche Versuch 18

a) Objektive Theorien 19

b) Subjektive Theorien 26

c) Gemischte Theorien 32

II. Abschnitt: Der Versuch mit metaphysischen Mitteln 48

III. Abschnitt: Der Mangel am Tatbestand und das Wahnverbrechen 48

IV. Abschnitt: Das delit manqué 52

V. Abschnitt: Anstiftungsversuch, Versuch der Anstiftung, Versuch der Beihilfe, Beihilfe zum Versuch 53

2. Kapitel: Bei einzelnen Deliktsgruppen 55

I. Abschnitt: Der Versuch bei den Unterlassungsdelikten 55

II. Abschnitt: Der Versuch bei den Unternehmungsdelikten und wenn Vorbereitungshandlungen mit Strafe bedroht sind . . . 56

III. Abschnitt: Der Versuch bei den durch den Erfolg qnalifizierten Delikten 57

D) Die Unrechtsfolgen beim Versuch de lege ferenda . . . 58

1. Kapitel: Vorbemerkungen 58

2. Kapitel: Die deutschen Entwürfe 63

I. Abschnitt: Die Entwürfe mit Ausnahme der Reichstagsvorlage 63

a) Entwurf 1909 63

b) Entwurf 1913 65
c) Entwurf 1919 66
d) Entwurf 1925 68
II. Abschnitt: Die Reichstagsvorlage 1927 70
3. Kapitel: Ausländische Entwürfe 78
I. Abschnitt: Die österreichischen Entwürfe 1909, 1912, 1922 78
II. Abschnitt: Entwürfe der Schweiz 1916, 1918 . . 80
III. Abschnitt: Vorentwürfe eines Strafgesetzes über Verbrechen und Vergehen und eines Uebertretungsgesetzes der Tschechoslovakei 1926 81
IV. Abschnitt: Der italienische Vorentwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch 1927 83
V. Abschnitt: Entwurf eines griechischen Strafgesetzbuchs 1924 84
E) Schluß 86

Literatur.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. 1922.
Der Einfluß der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung, in Krit. Beitr. zur Strafrechtsreform Heft 9, 1909.

Aschaffenburg: Erfolgshaftung und Versuchsstrafe, in Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform. 18. Jahrg. 1927 S. 502 ff.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht. II. Bd. 1907.

v. Beling: Grundzüge des Strafrechts. 6. und 7. Aufl. 1920.
Die Lehre vom Verbrechen. 1906.
Die Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung 1922.
Der amtl. Entwurf eines allg. deutschen Strafgesetzbuchs im „Gerichtssaal" 91. 1925 S. 348 ff.
Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, in Krit. Beitr. zur Strafrechtsreform 1901 Heft 1.

Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 18. Aufl. 1998.

Binding: Grundriß des deutschen Strafrechts 7. Aufl. 1907.
Handbuch des Strafrechts I. Bd. 1885.
Die Normen und ihre Uebertretung Bd. 1 bis 3. 1890.
Der umgekehrte Irrtum im „Gerichtssaal" 85. S. 177.

Birkmeyer: Das Strafrecht, in der von ihm herausgegebenen Enzyklopädie der Rechtswissenschaften II. Aufl. 1904.
Schuld und Gefährlichkeit in ihrer Bedeutung für die Strafbemessung, in Krit. Beitr. zur Strafrechtsreform 1914 Heft 16.
Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen" in Krit. Beitr. zur Strafrechtsreform 1909 Heft 7.

Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte I. Bd. II. Aufl. 1906 in Bindings Handb. der deutschen Rechtswissenschaft.

v. Buri: Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche. Gesammelte Abhandlungen 1894.

Dörr: Ueber das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. 1897.

Delaquis: Der untaugliche Versuch, ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung in Abh. des krim. Seminars an der Universität Berlin 1904.

Graf zu Dohna: Der Mangel am Tatbestand in Festgabe für Güterbock 1910.
Versuch in Kohlrausch-Aschrotts Reform des Strafrechts. III. Abschn. 1926. S. 93 f.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Das Reichsstrafgesetzbuch, Leipziger Kommentar III. Aufl. 1925.

Elster: „Rechtsnorm" „Rechtswidrigkeit" in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Elster-Stier-Somlo. III. Bd., S. 715 ff. bezw. 753.

Eisenmann: Die Grenzen des strafbaren Versuchs, in Zeitschr. für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 13 S. 454.

Feuerbach: Lehrbuch des allgemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts 1847. 14. Aufl. von Mittermaier.

Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts I. Bd. 1904. Der Versuch und die Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, in Festgabe für Binding I. Bd. 1911.

v. Frank: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich (Kommentar) 16. Aufl. 1925.
Vollendung und Versuch in vergleichender Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgem. Teil Bd. 5 S. 163 ff.

Geib: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1861.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht 1922. Vgl. krit. Bem. zum allg. Teil des Strafgesetzentwurfs 1919. 1921.

Hafter: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, allg. Teil Berlin 1926.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht I. Bd. 1881 System des preußischen Strafrechts I. Teil 1858.

Hertz: Das Unrecht und die allg. Lehren des Strafrechts. 1 Bd.

Herzog: Rücktritt vom Versuch und tätige Reue, 1888.

v. Hippel: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 42. II. Teil S. 525 f.

Hold von Ferneck: Die Rechtswidrigkeit I. Bd. 1903.

Horn: Der Versuch, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 20 S. 309.

Klee: Wille und Erfolg in der Versuchslehre, in „Strafrechtliche Abhandlungen" Heft 14.

Kohler: Leitfaden des deutschen Strafrechts 1912.
Der strafbare Versuch. Studien aus dem deutschen Strafrecht Bd. 1 1890.

Köhler: Deutsches Strafrecht allgemeiner Teil 1917.
Reformfragen des Strafrechts 1903.
Der Vergeltungsgedanke und seine praktische Bedeutung in Krit. Beitr. zur Strafrechtsreform Heft 5.
Studien zum Vorentwurf eines Strafgesetzbuches 1910.
Der Vorentwurf des Strafgesetzes der Tschechoslowakei allg. Teil. Gutachten 1923.
Die Schuld als Grundlage des Strafrechts I. und II. Teil im „Gerichtssaal" 95 bezw. 96.

Kohn: Der untaugliche Versuch und das Wahnverbrechen hinsichtlich ihrer begrifflichen Scheidung und ihrer Strafbarkeit in „Strafrechtliche Abhandlungen" 1904.

Kohlrausch: Irrtum und Schuldbegriff 1903.

Kollmann: Der symptomatische Verbrechensbegriff in Zeitschr. für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 28 S. 449 ff.

Köstlin: Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts 1845. System des deutschen Strafrechts a. T. 1855.

Kriegsmann: Wahnverbrechen und untauglicher Versuch in „Strafrechtliche Abhandlungen" 1904.

v. Kries: Ueber die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte, in Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 9.

Krug: Die Lehre vom Versuch 1855.

Kullmann: Irrtum und Schuld im Lichte der Symptomatik, in Monatsschr. für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 10. Jahr. S. 471 f.

Lammasch: Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriff des Verbrechensversuchs 1879.

Lammasch-Rittler: Grundriß des österreichischen Strafrechts. V. Aufl. 1926.

Liepmann: Strafrechtsreform und Schulenstreit in Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 28 S. 1 ff.

v. Lilienthal: Der neue Entwurf eines Strafgesetzbuchs, in Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform. 16. Jhrg.

v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1911. 18. Aufl. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge I. und II. Bd. 1905.

Ed. v. Liszt: Zur Lehre vom Versuch, in Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 25 S. 24 ff.

Loeb: Der Versuch im Reichsstrafgesetzbuch in „Strafrechtliche Abhandlungen" Heft 176.

Luden: Ueber den Versuch des Verbrechens, Abh. Bd. 1 und 2 1736 und 1840.

Nagler: Die Strafzumessung nach dem amtl. Entwurf im „Gerichtssaal" Bd. 94 S. 83 ff.

Natorp: Der Mangel am Tatbestand in „Strafr. Abhandlungen" Heft 204.

M. E. Mayer: Der allg. Teil des deutschen Strafrechts 1916. Versuch und Teilnahme in Aschrott-Liszts: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs I. Bd. allg. Teil 1910.

Merkel-Liepmann: Die Lehre von Verbrechen und Strafe 1912.

Mittermaier: Beiträge zur Lehre vom Versuch der Verbrechen, in „Neues Archiv des Kriminalrechts" Bd. 1. 1. Stück 1816.

Mommsen: Römisches Strafrecht in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft 1899.

Oetker: Ueber ein Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht, in „Gerichtssaal" 93.
Zum Streite der Strafrechtsschulen in „Gerichtssaal" 78 u. 79 S. 81 ff. bezw. S. 1 ff.
Der Versuch und die schweiz. Strafgesetzentwürfe, in Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 17.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch 10. Aufl. 1916.

Oppenhoff-Delius: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 14. Aufl. 1901.

Osenbrüggen: Abhandlungen Bd. 1.

v. Overbeck: Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Lichte der modernen Strafrechtsschule mit besonderer Berücksichtigung der Versuchslehre, in Krit. Beitr. zur Strafrechtsreform Heft 4 1909.

Redslob: Versuch und Vorbereitung, in Strafr. Abhandlungen Heft 90.

Rohland: Die Gefahr im Strafrecht 1886.

Rosenberg: Ueber die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, in Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 30 S. 685 ff.

Seuffert: Versuch, in Mitteilungen der Internationalen Krminalistischen Vereinigung Bd. 1 Heft 2. (I. K. V.)

Schötensack: Der Verbrechensversuch, in Festschrift für Binding Bd. 1 S. 375 ff. 1911.
Der Versuch und der Amtl. Entwurf eines allg. deutschen Strafgesetzbuchs in „Gerichtssaal" 91.

Schwarze: Versuch und Vollendung in Handbuch des deutschen Strafrechts von Holtzendorff 2. Bd. allg. Lehren.

Spohr: Rücktritt und tätige Reue bei versuchten und vollendetem Verbrechen in amtl. Entwurf eines allg. deutschen Strafgesetzbuchs, in Strafr. Abhandlungen Heft 215.

Schüler: Der Mangel am Tatbestand, in Strafr. Abhandlungen Heft 181.

Thomsen: Kritische Notizen zum deutschen Strafgesetzbuch, in „Gerichtssaal" 29.

Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1914.

Zevenbergen: Leerbook van het Nederlandsche Strafrecht. Erste Deel 1924. Algemeene Leerstukken.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, mehrfach, abgekürzt R. G. E.

Deutsche Juristenzeitung 15. Jahrg. N. 4 S. 218.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, mehrfach, abgekürzt Z. Str. W.

Zeitschrift der Gerichtssaal, mehrfach, abgekürzt Ger. S.

Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch 1909, nebst Begründung.

Gegenentwurf zum Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch 1911.

Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1919, 1925, nebst Begründung. Reichstagsvorlage 1927 mit Begründung sowie Reichstagsdrucksachen Nr. 3390.

Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch mit Begründung 1909.

Oesterreichische Regierungsvorlage 1912.

Oesterreichischer Gegenentwurf 1922 zu dem allg. Teil des ersten Buches des deutschen Strafgesetzentwurfes vom Jahre 1919.

Vorentwürfe eines Strafgesetzes über Verbrechen und Vergehen und eines Uebertretungsgesetzes der Tschechoslowakei, mit Begründung. Herausgegeben von der Kommission für die Reform des tschechoslowakischen Strafgesetzes 1926.

Schweizerische Strafgesetzentwürfe 1916, 1918.

Entwurf eines griechischen Strafgesetzbuchs und italienischer Vorentwurf zu einem Strafgesetzbuch in „Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher" Nr. 47 und 48.

Die nur stellenweise benutzten Werke sind im Text selbst angegeben.

A. Einleitung.

Die Frage der Unrechtsfolgen beim Versuch ist eine der aktuellsten der Zeit, aber auch eine der umstrittensten im Gebiete des Strafrechts. Schon seit Jahrzehnten beschäftigt sich die Wissenschaft mit den Kontroversen. Die Kriminalisten bilden zwei große Lager, die einen, die Subjektivisten legen den Schwerpunkt beim Versuch auf den verbrecherischen Willen, er sei das eigentlich Strafbare, die Objektivisten dagegen verlangen als Voraussetzung der Strafbarkeit eine taugliche Objektivierung des Willens. Diese Zersplitterung der Ansichten ergibt sich aus dem eigenartigen Wesen des Versuchs. Während bei der Vollendung der Wille und das äußere Geschehen sich die Wage halten, ist dem Versuch das Zurückbleiben des Geschehens hinter dem Willen wesentlich. Jenachdem man also dem objektiven oder dem subjektiven Momente, der Willensseite oder der Tatseite mehr Beachtung schenkt, bestimmt sich das „Ob" und das „Wie" der Bestrafung.

Die Kontroverse hängt aufs innigste zusammen mit dem Problem von Schuld- und Rechtswidrigkeit. Ein Eingehen auf den Zweck der Strafe als solcher macht es notwendig zu dem Schulenstreit Stellung zu nehmen. Zu Beginn unserer Ausführung bringen wir einen kurzen geschichtlichen Ueberblick, der zugleich als Einführung notwendig erscheint.

B. Geschichtlicher Ueberblick.

Der Verfasser beabsichtigt in diesem Abschnitt einen kurzen geschichtlichen Ueberblick über die Unrechtsfolgen beim Versuch zu geben, soweit dieser zum Verständnis des ganzen Problems erforderlich ist. Wesentlich ist dabei eine Erörterung der Bestrafung des Versuchs. Die weiteren Unrechtsfolgen anzuführen erübrigt sich an dieser Stelle, da allein die Frage, ob und wie bestraft wurde' für unsere Kritik der heutigen Strafgesetzgebung von Belang erscheint.

a) Das römische Recht.

„Im römischen Recht fehlt", so sagt Mommsen[1]) „für den Versuch der Begriff wie das technische Wort, gestraft wird die im Gesetz verbotene als solche immer vollendete Tat". Der Versuch eines Deliktes ist also ohne ausdrückliche Gesetzesstelle straflos.[2]) Dies schließt natürlich nicht aus, daß einzelne sich uns als Versuch darstellende Delikte als selbstverständige Verbrechen mit Strafe belegt waren, so besonders bei den delicta publica,[3]) im Gegensatz zu den delicta privata. Blieben aber einzelne Verbrechensversuche als solche straflos, so wußte sich die Praxis damit zu helfen, daß diese Fälle einem anderen Delikte untergeschoben wurden[4]) z. B. Diebstahlsversuch dem Hausfriedensbruch, wie Luden[5]) betont, wurde also in Wirklichkeit der Versuch jedes schweren Verbrechers bestraft, ohne ausgesprochenen Grundsatz. Ausnahmsweise wurden sogar Vorbereitungshandlungen mit Strafe bedroht.[6]) So wird nach der Lex Cornelia de sicariis schon bestraft, wer zur Tötung von Menschen Gift verkauft oder feilhält.

Das römische Recht nimmt demnach, wie es den praktischen Bedürfnissen der Zeit wohl am besten entsprach, in der Bestrafung des Versuchs eine doppelte Stellung ein. Bei den Privatdelikten kommt es nur auf die Vollendung, auf das objektive Geschehen an, maßgebend ist die Tat.[7])

Auf dem Gebiete des öffentlichen Strafrechts hingegen wird der Schwerpunkt auf den Entschluß, die subjektive Seite gelegt, der Wille steht hier an der Spitze.[8])

---

[1]) S. 95.

[2]) S. Luden Bd. 1 S. 59. „Man hielt sich an das wirklich geschehen und nicht an das was beabsichtigt war".

[3]) Mommsen S. 97, Luden 1. Bd. S. 59 ff.

[4]) Mommsen S. 96.

[5]) Bd. 1 S. 258.

[6]) Bar Bd. II S. 494.

[7]) Vgl. auch Hälschner System Bd. I, S. 174.

[8]) Vgl. Mommsen S. 97 und 98.

b) Das germanische Recht.

Das germanische Recht kennt nicht nur keinen Versuchsbegriff, sondern auch keine Bestrafung von selbständig behandelten Verbrechensversuchen. Daran Schuld ist vor allem die Auffassung der Strafe als Buße für die erfolgte Rechtsverletzung, den Friedensbruch. Der Täter hat den Verletzten zu entschädigen, wo kein Verletzter, da keine Strafe.[1]) Auf den verbrecherischen Willen kam es ursprünglich scheinbar überhaupt nicht an. Dies zeigt uns auch die Bestrafung der fahrlässigen Tat, des Ungefährwerks, bei Straflosigkeit der versuchten und vorsätzlichen Missetaten.[2]) So wurde die Tötung oder Verwundung, die ein abirrender Pfeil verursachte, gleich vorsätzlicher Tat bestraft.

Aber nur scheinbar wurde kein Gewicht auf den Willen gelegt; wie Brunner nachweist,[3]) hat auch das germanische Recht die Tendenz, nur die schuldhafte Tat, in der Tat den verbrecherischen Willen zu strafen. „Jedoch verlangt und betrachtet das Recht den schädlichen Erfolg der Tat als den sinnlichen Ausdruck des verbrecherischen Willens." „Man kann falschen Mut nicht sehen, die Tat sei denn dabei". Anderseits schließt das germanische Recht in schroffer Konsequenz gerade aus dem Vorliegen eines Erfolges auf das Vorhandensein eines verbrecherischen Willens, ohne Rücksicht auf den einzelnen Fall.

Die Volksrechte brachten jedoch bald eine Aenderung. Sie stellten gewisse schwere Versuchshandlungen[4]) u. zw. Fälle des nächsten Versuches als delicta sui generis unter Strafe. Man hatte schon in germanischer Zeit bald die Notwendigkeit erkannt, schon eine Friedensgefährdung und eine Gefährdung von Leib und Leben zu unterbinden. So wurde bestraft Wegelagern, Schwertzücken, Giftgeben ohne Todesfolge.[5]) Derartige Versuchsfälle erfuhren jedoch eine meist weit mildere Beurteilung im Strafrecht als die Vollendung. Nur besonders schwere Versuchsfälle, wie Versuch der Tötung, Kindsaussetzung, Abtreibung der Leibesfrucht, Menschenraub, Entführung u. a. belegten die Volksrechte oft mit der Strafe der Vollendung. Mit der Zeit vollzog sich eine Wandlung in subjektiver Richtung, es wurde weniger Gewicht auf den Erfolg, auf den bösen Willen gelegt. Stellen des Sachsenspiege's, des Schwabenspiegels und andere deutsche Rechtsquellen zeugen davon.

c) Die Karolina.

Inzwischen hatten sich die italienishen Juristen, Glossatoren und Postglossatoren mit dem Versuchsproblem befaßt. Der entferntere Versuch sollte milder bestraft werden als der nähere.[6]) Die Bambergische Halsgerichtsordnung verwertete die Früchte die-

[1]) Vgl. Luden Bd. II, S. 302.
[2]) Vgl. Brunner I. Bd. S. 212, 213.
[3]) S. 213.
[4]) Vgl. Luden II. Bd. S. 305.
[5]) Siehe Nachweisungen bei Köhler, Strafrecht allg, Teil S. 440.
[6]) Vgl. Seeger, Ausbildung der Lehre vom Versuch der Verbrechen und der Wissenschaft des Mittelalters 1869 in den Tübinger Universitätsschriften S. 9 ff.

ser Entwicklung und brachte zum ersten Male eine allgemeine und zwar mildere Bestrafung des Versuchs in Art. 304. Die Karolina, peinliche Halsgerichtsordnung Karls V. vom Jahre 1532 hat die maßgebenden Bestimmungen in § 178 übernommen.[1]) Die Bestimmung „Item so sich jemandt eyner missethatt mit etlichen scheinlichen wercken, die zu volnbringung der missethatt dienstlich sein mögen, understeht, und doch an volnbringung derselben missethatt durch andere mittel wider seinen willen verhindert wurde, solcher böser will, daraus etlich werck, als obsteht folgen, ist peinlich zu straffen" sieht die Bestrafung des generell tauglichen Versuchs vor.

d) Die Landesgesetzgebungen.

Diese folgten in großer Zahl dem Beispiel der C. C. C. Vor allem wird an der milderen Bestrafung des Versuchs festgehalten, vgl. die Strafgesetzbücher von Bayern von 1813 A. 58—62, Sachsen von 1838 revid. 1868 A. 41, Württemberg von 1839 A. 62, Braunschweig von 1840 § 36, Thüringen von 1849 A. 24, Baden von 1845 und 1851 §§112—114[2]) u. a. sowie das preußische allgemeine Landrecht 1794.

In Nachahmung der Bestimmung des französischen code pénale von 1810[3]) „toute tentative de crime, qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son auteur, est considerée comme le crime même" war jedoch ein Vorstoß der streng subjektiven Anschauung auch in Deutschland erfolgt.

Oesterreich hatte in der Josefina von 1787 § 9 ebenfalls die prinzipielle Gleichbestrafung von[4]) Versuch und Vollendung bestimmt.

Das preußische Strafgesetzbuch von 1851, aus dem ja das heutige R.St.G.B. hervorgegangen ist und das bayerische St.G.B. 1861 geben die französ. Bestimmungen teilweise wieder, — A 47 — doch ließen sie wenigstens fakultative Strafmilderung gelten. Diese Regelung wurde jedoch heftig angegriffen, die Partikulargesetzgebungen haben keine Gefolgschaft geleistet.

Die Frage der Bestrafung des untauglichen Versuches war eine so zwiespältige, daß sich die meisten Landesgesetzgebungen wie auch das geltende Strafgesetzbuch[5]) an eine gesetzgeberische Lösung der Frage nicht heran wagten, vgl. Sachsen A. 42, 43, Hessen A. 67, Thüringen Art. 23 und 25 und Braunschweig § 36.

---

[1]) Vgl. Luden II. Bd. S. 436.

[2]) Bereits der von Wiguläus v. Kreittmayer verfaßte codex iuri Bavarici Criminalis aus dem Jahre 1751 hält an einer Strafmilderung fest. Die einzelne Strafe bestimmt sich nach der Nähe der Vollendung. In einzelnen Fällen sind Versuchshandlungen zum selbständigen Delikt erhoben z. B. Giftmordversuch, Abtreibungsversuch Cap. III, §§ 12 und 20.

[3]) Voraus ging das Gesetz vom 22. Prairial des Jhr. IV, der Code pénale von 1791 bestrafte den Versuch lediglich beim Mord, Vergiftung und Gefangenenbefreiung.

[4]) Die Constitutio Criminalis Theresiana von 1768 A. 13 § 2 bestrafte bei den delicta atrociora den Versuch gleich der Vollendung.

[5]) S. Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches, Nordd. Bund 1869 S. 87.

C. Die Unrechtsfolgen beim Versuch de lege lata.

I. Positives Recht.

1. Kapitel. Grundsätzliches.

Der Begriff des Unrechts ist äußerst umstritten.[1])

Ist Unrecht Verletzung subjektiver Rechte, wie Feuerbach, [2]) Binding [3]) u. a. behaupten, oder ist es Verletzung des objektiven Rechts, wie die überwiegende Zahl der Kriminalisten annimmt? Subjektives Recht ist die dem einzelnen aus der Rechtsnorm zustehende Befugnis.

Gegen diese Auffassung ist einzuwenden, daß eine Verletzung subjektiver Rechte nicht in allen Fällen vorliegen kann, z. B. gewährt das Strafrecht auch Gütern die nicht Gegenstand subjektiver Berechtigung sind strafrechtlichen Schutz.[4]) Z. B. Sitten.

Objektives Recht soll sein eine Summe von Rechtssätzen, von Rechtsnormen (herrschende Ansicht) oder der rechtlich geordnete Zustand. Schließt man sich der ersten Auffassung an, so hat man noch die Frage zu entscheiden, wer Normadressat sein soll.

Die einen Schriftsteller, vor allen Thon [5]) vertreten die Auffassung, die Norm richte sich an alle Menschen, an alle Handlungsfähigen, [6]) gleichviel ob Zurechnungsfähige oder Unzurechnungsfähige; die anderen machen die Einschränkung der Zurechnungsfähigkeit der Menschen.[7]) Andere gehen weiter und verlangen zur Bestrafung außerdem die Zurechenbarkeit [8]) der Handlung.

Ist aber eine rechtswidrige Handlung [9]) zurechenbar, dann ist sie schuldhaft.

Nach dieser Lehre gibt es kein schuldloses Unrecht. Damit ist eine neue Streitfrage aufgerollt. Gibt es schuldloses, objektives Unrecht im Gegensatz zu schuldhaftem subjektivem Unrecht. Darüber, was unter den beiden Ausdrücken alles verstanden wird, siehe die Zusammenstellung bei Kohlrausch.[10])

Die Annahme eines objektiven Unrechts war zeitweise unbestritten.[11]) Hauptsächlich in neuerer Zeit findet man jedoch im

[1]) S. Ausführungen b. Hold v. Ferneck S. 20 ff.
[2]) S. 20 ff.
[3]) Normen I § 44.
[4]) Vgl. Hälschner d. gem. d. Strafrecht I. Bd. S. 450 ff.
[5]) Rechtsnorm und subj. Recht 1878 S. 71 ff.
[6]) Schötensack, Verbrechensversuch und Vorentwurf S. 390.
[7]) Z. B. Hälschner d. gem. d. Strafrecht Bd. I S. 17 ff. Binding Hdb. I. Bd. S. 159.
[8]) So Merkel Krim. Abh. 1867 I. Bd. S. 42 ff., Hold v. Ferneck S. 277.
[9]) Dieser Ausdruck steht sprachlich dem des Unrechts gleich. Vgl. Elster Stier-Somlo Handw. d. R. W. Bd. 3 S. 739.
[10]) Irrtum und Schuldbegriff § 8 S. 51 Anm. 3.
[11]) S. Nachweis bei Löffler Unrecht und Notwehr in Z. Str. W. XXI S. 537 ff.

Anschluß an Merkel[1]) die Ansicht vertreten, daß der Unrechtsbegriff in weitestem Maße von subjektiven Unrechtselementen beeinflußt werde, eine objektive Bestimmung sei wegen des Ineinandergreifens der Begriffe „Schuld" und „Unrecht" unmöglich. So Hertz[2]) Binding,[3]) Kohlrausch,[4]) Hold v. Ferneck,[5]) der Rechtswidrigkeit gleich Pflichtwidrigkeit setzt.

Nagler,[6]) M. E. Mayer,[7]) Allfeld,[8]) betonen besonders die Notwendigkeit und Möglichkeit einer objektiven Festsetzung des Unrechts. Vgl. auch Lammasch-Rittler.[9])

Die Polemik dauert fort. Um das ganze Problem des objektiven und subjektiven Unrechts, das schon deshalb schwer zu lösen ist, weil die Begriffe „objektiv" und „subjektiv"[10]) viel zu vieldeutig sind, zu umgehen, schlägt Elster die Dreiteilung der Rechtswidrigkeit in aktive, subjektive — durch Unrechtshandeln, passive — objektive durch Unrechtsleiden und generelle, objektive durch Unrechtsgeschehen vor. Das Schuldmoment ist — die erste Rechtswidrigkeit bedeutet dann Verschulden des Handelnden — demnach neben der materiellen Rechtswidrigkeit, s. Elster S. 740 d. h. der extern begründeten Rechtswidrigkeit für die Strafe von Bedeutung.

Uns genügt der Hinweis auf die Streitfragen, die uns hier jedoch weiter nicht interessieren. Von Bedeutung ist die Kontroverse für die Erfolgshaftung. Für das moderne Strafrecht hat der Grundsatz zu gelten: Ohne Schuld keine Strafe.

Freilich soll daraus nicht geschlossen werden, daß auch jedes schuldhafte Unrecht Strafe nach sich ziehen müßte. Ein großer Komplex rechtswidriger Handlungen scheidet aus dem Gebiete des Strafrechts aus. Solche Handlungen haben dann, wenn überhaupt Folgen, so solche privatrechtlicher Natur (Ersatzpflicht). Solches Unrecht wurde früher vielfach fälschlicherweise, als artverschieden, dem kriminellen Unrecht als ziviles Unrecht gegenübergestellt, so z. B. noch von Hälschner.[11])

Es ist jedoch zu beachten, daß durch das Nichteintreten von Strafe die rechtwidrige Handlung keinen anderen Charakter erhält. Es ist der gleiche Unrechtsbegriff den strafbaren wie den nicht strafbaren rechtswidrigen Handlungen zugrunde zu legen.[12]) Strafe bleibt aus, wo nach Ansicht des Gesetzgebers schon die Ersatzpflicht ausreicht, oder wo der Gesetzgeber beides für unnötig hält.

[1]) Kr. Abh. I S. 42 ff.
[2]) Unrecht § 1 S. 4 ff.
[3]) Normen I S. 133 — 141, 175, 244 ff.
[4]) Irrtum und Schuldbegriff § 8 S. 47 ff.
[5]) S. 276 ff.
[6]) Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit S, 62 ff.
[7]) Strafr. allg. T. S. 11.
[8]) Strafr. S. 120.
[9]) S. 32 „Die Rechtswidrigkeit ist objektiver Natur".
[10]) Vgl. Elster in Handw. d. R. W. Bd. III S. 746.
[11]) System § 1 S. 1.
[12]) Vgl. Oetker Gerichtssaal 93 S. 15. „Normen kommen in allen Gebieten des Rechts vor, im Strafrecht werden nur die Normen relevant, deren Uebertretung durch Strafgesetz mit Strafe bedroht ist, aber die Norm selbst ist nie ein Rechtssatz des Strafrechts."

Oft treffen Strafe und Ersatzpflicht zusammen. Eine objektive für alle Zeiten feststehende Grenze gibt es nicht.

Unrecht und Strafe stehen demnach „in einem zufälligen Zusammenhang" vgl. Hertz. [1]) Mit den weiteren Folgerungen die Hertz aus diesem Satze zieht, stimmen wir jedoch nicht mehr überein. Er glaubt es gäbe ebenso wie strafbares Unrecht strafbares Nichtunrecht-Recht. Diese Ansicht ist nicht annehmbar, denn es läßt sich kein Strafgesetz denken, dem nicht eine Norm zu Grunde läge. Durch die Strafsanktion wird erst die gegen die Norm verstossende Handlung zum strafbaren Unrecht. Eine Strafe für eine rechtmäßige Handlung wäre ein Unding ein Widerspruch gegen die Grundbegriffe des Rechts. S. Hold v. Ferneck. [2])

Seine falsche Annahme eines strafbaren Nichtunrechts führt Hertz zu einem weiteren falschen Resultat, der Ablehnung der Strafe als Unrechtsfolge; er sieht in ihr eine Verbrechensfolge, wobei auch strafbares Nichtunrecht Verbrechen sein soll. Wir betrachten dagegen mit der Lehre der sog. klassischen Strafrechtsschule Strafe als eine Folge der schuldhaften rechtswidrigen Handlung — des Verbrechens im weitesten Sinne. Wir stellen Verbrechen im weitesten Sinne dem strafbaren Unrecht somit gleich.

Außer der Kriminalstrafe kennt das deutsche Strafgesetzbuch noch eine Reihe weiterer Unrechtsfolgen, so Maßregeln mit strafähnlichem Charakter, sogen. Nebenstrafen, da sie nur neben einer Hauptstrafe möglich sind, z. B. Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte § 32 R.St.G.B. und Unrechtsfolgen ohne Strafcharakter z. B. Buße. — Ersatz für privatrechtlichen Schadenersatz. §§ 188, 231 R.St.G.B. Ein besonderes System das solche weiteren Unrechtsfolgen im scharfen Gegensatz zur Hauptstrafe stellen würde, fehlt.

2. Kapitel. **Die Bestrafung.**

Strafe ist die wichtigste Unrechtsfolge. „Im weiteren Sinne ist sie ein beabsichtigtes Uebel, welches gegen den Urheber einer mißbilligten verhängt wird". [3]) Im engeren Sinne setzt sie eine schuldhafte Handlung voraus. In einem nochmals engeren Sinne wie sie uns in den Strafbestimmungen des geltenden Rechts begegnet, stellt sie eine Ausgleichung der schuldhaften Rechtsverletzung durch die Auferlegung eines der Schuld entsprechenden Uebels dar. [4])

Die Bestrafung des Verbrechens rechtfertigt sich aus dem Verlangen der Allgemeinheit, der gesetzestreuen Bürger, und vor allem der durch die Unrechtshandlung Verletzten, nach Schutz vor Angriffen sowie aus dem Interesse des Staates an der Beachtung seiner Gesetze.

Welche Zwecke eigentlich die Strafe hat, oder haben soll, darüber ist die Wissenschaft nicht einig. [5]) Die absoluten Strafrechts-

[1]) Unrecht S. 39.
[2]) Einleitung S. 1.
[3]) Vgl. Köhler, Strafrecht a. T. S. 12 ff., ders. Reformfragen S. 3.
[4]) Köhler Reformfragen S. 22.
[5]) Köhler Reformfragen S. 5 ff.

theorien bezeichnen die Vergeltung als Grundlage der Bestrafung, z. B. schon Kant und Feuerbach, später Birkmeyer, Wachenfeld, auch Köhler u. a. Die Höhe der Strafe bemißt sich nach diesen Theorien nach der Schwere der Schuld. Andere Zwecke der Strafe spielen hierbei eine untergeordnete Rolle.

Auch die Vereinigungstheorien (Anhänger Berner, von Hippel, Merkel) betrachten die Strafe als Vergeltung für begangenes Unrecht, doch ist der Vergeltungszweck nicht der maßgebende. Auch andere Momente spielen nach dieser Ansicht evtl. neben der Vergeltung eine gleichgeordnete Rolle, z. B. Besserung. Diese Theorie nähert sich schon sehr den sogenannten relativen Theorien. Diese sind unter sich im Streit, ob unter Ausschaltung der Vergeltung Abschreckung oder Sicherung oder Besserung als Strafzweck gelten sollen. Von Liszt[1]) hält je nach der Art des Verbrechers und des Verbrechens Abschreckung, Besserung und Sicherung für erforderlich. Er unterscheidet danach Augenblicks-, Gelegenheits- und Zustandsverbrecher. Es wird hiernach nicht gestraft nach der Schwere des begangenen Unrechts, sondern mit Rücksicht auf das von dem Täter noch zu erwartende Unrecht nach der „antisozialen Gesinnung" und der mit ihr gegebenen Gefährlichkeit für die Zukunft.[2]) Es gibt nach Liszt nur eine Charakterschuld; eine Schuld im Rechtssinne, Willens- und Einzeltatschuld, wie sie z. B. Birkmeyer an Hand des geltenden Rechts formuliert, die den Forderungen der sog. klassischen Schule entspricht, ist damit ausgeschaltet.

Die Beibehaltung des Schuldstrafrechts betrachten wir jedoch als unerläßlich.[3]) Abgesehen davon, daß es dem Richter schwer fallen würde, die wahre Gesinnung der Menschen zu ergründen — der Heuchler würde dabei besser wegkommen, als der Mensch der in unkluger Weise seine Gesinnung kundgibt — würde das Gerechtigkeitsgefühl des Volkes verletzt, wenn der Mörder kraft seiner vielleicht geläuterten Gesinnung von dem keine weitere Missetat zu erwarten ist besser wegkäme, als der geringe Rechtsbrecher mit schwarzer Seele, von dem man noch weitere Verbrechen auf Grund seiner Einstellung zur Rechtsordnung befürchtet. Wie Köhler auf S. 176 seiner Ausführungen in Ger. S. 96 mit Recht betont, sind bei der sog. kleinen Kriminalität einschneidende Erziehungsversuche von längerer Dauer unpraktisch und für das Volk unverständlich, zumal ihr Erfolg kaum besser sein dürfte, als bei proportionaler Uebelsauserlegung. Bei der schweren Kriminalität dürften reine Erziehungsmaßnahmen nicht ausreichen, zukünftige ähnliche Verbrechen zu unterdrücken.

Man sieht eben ohne den Vergeltungsgedanken kann man nicht durchkommen. Wir geben jedoch zu, daß Vergeltung nicht der Zweck der Strafe ist. Soweit sich Zwecke der Prävention mit der

---

[1]) Lehrb. § § 13 und 16, Aufs. Bd. II S. 57 und 383, anschließend auch Delaquis S. 197.

[2]) Vgl. Liszt Aufs. II. S. 191

[3]) So auch neuerdings Köhler Gerichtssaal 96 S. 176 ff. Oetker G. S. 78 S. 81 ff. Overbeck S. 1 ff. Allfeld Einl. d. Ges. S. 1 ff. anders Gerland Reichsstrafrecht S. 12 der verlangt, daß das Strafrecht nur im Dienst der Prävention stehen sollte (Verhütung kommenden Unrechts).

Vergeltung vereinbaren lassen, ist dies zu billigen. Die Strafe hat Präventionszweck, die Androhung und Vollziehung der Strafe wirkt in weitgehendem Maße präventiv. Doch reicht die Strafe nicht aus, alle Präventionsbedürfnisse zu decken, wie Köhler S. 178 richtig hervorhebt. Hier haben dann die reinen Sicherungsmaßnahmen einzusetzen, die mit Strafe nichts zu tun haben. Wir schließen uns hier auf Grund der Annahme eines Schuldstrafrechts der Ansicht derjenigen Kriminalisten an, die eine reinliche Scheidung von Strafe und sichernden Maßnahmen im Interesse der Erhaltung des Strafrechts fordern.[1])

Wenn wir in unseren Ausführungen zu einer Ablehnung der reinen Gesinnungsstrafe (im Sinne der „soziologischen Strafrechtschule") also der Bestrafung lediglich wegen der sozialen Gefährlichkeit und damit zu einer Ablehnung der „Charakterschuld" gekommen sind, so wollen wir damit nicht in Abrede stellen, daß die Gefährlichkeit des Täters und die Gefährlichkeit der Tat in weitestem Umfange bei der Schuldbewertung berücksichtigt werden müssen. Der Begriff der Gefährlichkeit ist eng verbunden mit dem Schuldbegriff. Die größere oder geringere Schuld hat meist eine größere oder geringere Gefährlichkeit zur Folge. S. neuerdings Köhler[2]) „Die Gefährlichkeit ist, soweit sie danach bei der Strafbemessung Berücksichtigung zu finden hat, nur der in die Zukunft projizierte Ausdruck für eine besonders intensive oder besonders schutzbedürftige Rechtsgüter betreffende Schuld". Sie gehört mit zur Schuld und steht nicht neben der Schuld. Daß das deutsche Strafgesetzbuch, das ein Schuldstrafrecht vertritt, auch die Zukunft mit berücksichtigt hat, sieht man an der Bewertungsskala für die Strafen und Strafgrößen. Der Wert des angegriffenen Rechtsgutes, bemessen nach dem Interesse des Staates, an dessen Unverletztheit also die Gefährlichkeit als Ausdruck der Schuld des Täters bestimmt die Strafe. In gewissen Fällen sogar stellt der Gesetzgeber die Strafe ab auf die in der Zukunft liegende Absicht des Verbrechers z. B. in §§ 234, 236 und 237 R.St.G.B.

Der Unterschied zwischen unserer Auffassung eines Schuldstrafrechts und der Auffassung eines Strafrechts wegen Gefährlichkeit besteht darin, daß wir nur die Gesinnung des Täters berücksichtigen, soweit sie in der Tat enthalten und sich aus der Tat ergibt,[3]) während die Vertreter einer Strafe wegen Gefährlichkeit die Gesinnung ohne Rücksicht auf die Schwere des Geschehenen berücksichtigt wissen wollen. Die Tat ist nur als Symptom der Gesinnung zur Bestrafung notwendig. Wir bemessen die Schuld und mit ihr die

[1]) Vgl. Beling Methodik S. 114, derselbe Vergeltunbsidee S. 115 und G. S. 91 S. 135, Oetker G. S. 78 S. 114 Zevenbergen, Niederl. Strafrecht S. 344, Köhler G. S. 96 S. 179. Gegen diese Forderung Allfeld, die Gewohnheitsverbrecher 1914 S. 21.

[2]) G. S. 96 S. 153.

[3]) So auch Allfeld, der Einfl. der Ges. S. 61. Die Strafe hat der Bedeutung des Verbrechens für die Rechtsordnung zu entsprechen, die sich nicht nur nach der Art und dem Maß der äußeren Verletzung von Rechtsgütern, sondern auch und zwar vorzugsweise nach dem Maß der kausalen Beziehung der Persönlichkeit des Täters zu der Tat richtet, für deren Beurteilung auch das sonstige soziale Verhalten des Täters eine Grundlage bildet.

Gefährlichkeit, vgl. Köhler,[1]) nach der Bedeutung und dem Umfang des angegriffenen Rechtsgutes, bestimmt nach dem Werturteil der tonangebenden Kreise des Volkes. Diese bezeichnen als maßgebend die Gefährlichkeit des Einzelnen für die Rechtsordnung, ohne entsprechende Rücksicht auf das angegriffene Objekt.[2]) An einem Beispiel gezeigt ergibt sich folgender Unterschied:

Während wir den Dieb nur wegen des Diebstahls strafen und bei der Strafe außer dem Willensmoment auf Seiten des Täters noch die ganze Aetiologie des einzelnen Verbrechens, besondere Merkmale in der Person des Täters, seine Erziehung, seine Anlagen, seine Bildung, seinen Geistes- und Körperzustand usw. in Rücksicht ziehen, speziell auch die bisherige Straffreiheit oder Vorstrafen des Täters wegen schon begangener Vermögensdelikte berücksichtigen und also je nach der einzelnen Lage den gefährlichen Dieb härter anfassen, auf Grund seiner größeren rechtlichen Schuld als den ungefährlichen, darf es bei einer Gefährlichkeitsstrafe auf den begangenen Diebstahl nicht so sehr ankommen, wie auf die allgemeine Gefährlichkeit, ob dem Dieb auch Delikte gegen das Leben usw. zuzutrauen sind. Also ein grundlegender Unterschied.

Die Probleme der Schuldstrafe und der Strafe wegen Gefährlichkeit spielen eine besondere Rolle bei der Frage der Versuchsbestrafung. Wird doch der Versuch als das Gefährlichkeitsdelikt bezeichnet, insofern, als nach subjektiver Lehre der Hauptgrund der Versuchsstrafe die subjektive, nach objektiver Ansicht die objektive Gefährlichkeit ist. Von vielen Kriminalisten wird gerade der Versuch als der primär Strafbare wegen seiner Gefährlichkeit erklärt, ihm muß nach dieser Ansicht der Strafgesetzgeber einen Riegel vorschieben.[3]) Der objektive Erfolg dient danach höchstens zur Begründung eines höheren Strafmaßes.

Letztere Annahme scheitert bei der Befolgung eines Schuldstrafrechts.[4]) Die Bestimmungen über den Versuch sind in weitem Maße von der Auffassung der Schuld abhängig. Hier gilt das bereits Vorgebrachte. Die Betonung der subjektiven Seite der Tat liegt im Wesen des Versuchs. In seinem Wesen liegt eine Betonung der Willens- im Vergleich zur Tatseite. Wie weit dieses Zurückbleiben des Geschehens hinter dem Willen für die Bestrafung von Bedeutung ist, was insbesondere geschehen sein muß, um ein strafbares Unrecht zu begründen, soll bei der Erörterung der milderen Bestrafung des Versuchs und der des untauglichen Versuchs näher angeführt werden.

---

[1]) G. S. 96 S. 155, 156.
[2]) Vgl. Liszt Aufs. II S. 56.
[3]) Lammasch Moment S. 54.
[4]) Ueber die Wandlung die der Schuldbegriff im Laufe der Zeiten durchgemacht hat, s. Lobe im Handw. d. R. W. Bd. V. Früher wurde Schuld als psychologische Beziehung des Täters zur Tat bezeichnet, jetzt von der herrschenden Lehre als Zurechnung der Tat zur Persönlichkeit. S. Binding Normen II S. 276.

I. Abschnitt.

Die absolute Strafbarkeit des Versuchs.

Das geltende deutsche Strafrecht trifft bezüglich der absoluten Strafbarkeit des Versuchs in § 43 die folgenden Bestimmungen:

1) Der Versuch eines Verbrechens wird generell bestraft,

2) der Versuch eines Vergehens nur in den im speziellen Teil des Strafgesetzbuches besonders bezeichneten Fällen. Das sind die Fälle der §§ 107, 120, 141, 148, 150, 160, 169, 240, 242, 246, 253, 263, 289, 304 – 305, 339 und 350.

3) Der Uebertretungsversuch bleibt straflos.

Grundsätzlich wird nur vorsätzlicher Versuch bestraft, vgl. Frank V.D.A. V. S. 189. Es gibt keinen fahrlässigen Versuch eines Delikts wohl aber gibt es den Versuch eines fahrlässigen Delikts (bestritten).

Die Art wie das Strafgesetzbuch das versuchte Vergehen behandelt, wurde, da dieser Aufstellung jedes Prinzip fehlt, schon wiederholt als willkürlich und systemlos bekämpft. [1]) So macht Binding [2]) geltend, daß die Bestrafung des Vergehensversuchs gegenüber der generellen Bestrafung der Beihilfe mit geringerem Unrechtswert inkonsequent und ungerecht ist. Außerdem ergibt sich ein Vergleich der einzelnen Vergehensversuche, daß eine Bestrafung durchaus nicht, wie zu erwarten wäre, nach dem Unrechtswerte der verschiedenen Delikte zu bemessen ist. Eine besonders auffällige Inkonsequenz ist die Straflosigkeit des Vergehens der versuchten Körperverletzung im Vergleich zur Bestrafung des Vergehens der versuchten Sachbeschädigung.

Das Prinzip der Straflosigkeit des Versuchs von Uebertretungen ist verschiedentlich durchbrochen. So weist Köhler [3]) darauf hin, daß oft durch unbestimmte Formulierung des Gesetzestextes auch der Versuch einer Uebertretung mit Strafe bedroht ist, z. B. in § 360 Ziff. 12, 361 Ziff. 1 u. 366 Ziff. 1 u. 10 R.St.G.B. durch die Worte „wer zuwider handelt", in § 360 Ziff. 5 R.St.G.B. durch die Worte „wer unternimmt".

Eine Reihe von Delikten hat nur scheinbar einen straflosen Versuch, in Wirklichkeit ist aber der Versuch zum selbständigen Delikt erhoben. So stellt die ohne Erfolg gebliebene Aufforderung zur Begehung strafbarer Handlungen (also auch von Uebertretungen) gemäß § 111 II. Abschn. gegenüber § 111 I. Abschn. R.St.G.B. den Versuch dar, ebenso ist es bei den §§ 49a mit 48, in § 49a wird der Versuch aus 48 bestraft, § 367 Ziff. 10 straft schließlich den Versuch aus § 223a R.St.G.B.

Der Zweck, den das geltende Recht mit seinem Prinzip der Versuchsbestrafung offenbar gefolgt, ist der: in Fällen geringer Schuld hat der Gesetzgeber kein Interesse an der Bestrafung der nicht zur Vollendung gelangten, die Außenwelt nicht weiter berührenden Unrechtshandlungen. Auch würde es sich im Interesse des Staates

[1]) Vgl. Oetker Z. Str. W. 17 S. 53.
[2]) Grundriß § 56.
[3]) Köhler Strafrecht a. T. S. 478.

nicht lohnen, wegen solcher Geringfügigkeiten den unter Umständen sehr teuren Prozeßapparat in Bewegung zu setzen, zumal erfahrungsgemäß sich ein Versuch eines geringfügigen Deliktes viel schwerer als das vollendete Delikt selbst nachweisen läßt. Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmen also hier die absolute Strafbarkeit des Versuchs.

Ob dabei nicht der Zweck der Strafe, die präventive Wirkung derselben eine erhebliche Einbuße erleidet, ob insbesondere nicht das Gerechtigkeitsgefühl des Volkes beeinträchtigt wird, ist eine andere Frage.[1])

II. Abschnitt.

Die relative Strafbarkeit des Versuchs.

Bezüglich der relativen Strafbarkeit des Versuchs stellt das St.G.B. in § 44 folgende Grundprinzipe auf:

1) Das Prinzip der obligatoren Strafmilderung, d. h. die Versuchsstrafe hat sich grundsätzlich eine Strafeinheit unter der höchst zulässigen Vollendungsstrafe zu bewegen.

2) Das Prinzip der fakultativen Ermäßigung der Mindeststrafe des vollendeten Delikts bis auf 1/4 des Mindestbetrages. Dies gilt natürlich nicht im Falle absoluter und unteilbarer Strafdrohungen. Hier bestimmt § 44 Abs. II R.St.G.B. Zuchthausstrafe von 3 Jahren als Strafminimum, wenn es sich um ein Verbrechen handelt, das im Vollendungsfalle mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht war, § 44 Abs. III, 3 Jahre Festungsstrafe bei Androhung lebenslänglicher Festungsstrafe für das vollendete Delikt.

Für die in § 44 Abs. I und IV R.St.G.B. ausgesprochenen Grundsätze gilt folgende Einschränkung:

Ist der Strafrahmen für die vollendete Tat nach unten bereits durch die für die einzelnen Strafarten nach § 14 Abs. II, 16, 17 Abs. II, 18 und 27 R.St.G.B. geltende Mindeststrafe begrenzt, so findet (trotz § 44 Abs. I und IV R.St.G.B.) eine Herabsetzung der erwähnten Strafe nicht mehr statt.

Eine Berechnung der Versuchsstrafnahmen für die einzelnen Delikte, die nach den gegebenen Richtlinien vorzunehmen ist, wollen wir nicht anstellen. Wir verweisen auf die ausführlichen Berechnungen Seufferts.[2]) Bezüglich der Anwendbarkeit der Bestimmungen des § 44 R.St.G.B. auf alternative Strafandrohungen ergeben sich Schwierigkeiten, da das Gesetz hierüber keine positiven Anordnungen gibt. Es ist hier eine Lücke im Gesetz, die darauf zurückzuführen ist, daß im Entwurf des Strafgesetzbuchs alternative Strafdrohungen überhaupt nicht vorgesehen waren, und erst durch den Reichstag eine derartige Statuierung getroffen wurde. Wie Thomsen[3]) nachweist, würde eine folgerichtige Anwendung der Ermäßigungsvorschriften bei den alternativen Strafdrohungen zu unannehmbaren Ergebnissen führen.

[1]) S. Oetker Z. Str. W. 17 S. 53.
[2]) Mitt. I. K. V, Bd. 10 S. 169.
[3]) Notizen S. 540 ff.

Die richtige, herrschende Ansicht geht daher dahin, dem Richter beide nach § 44 R.St.G.B. ermäßigten Strafdrohungen nebeneinander zur Verfügung zu stellen. Anders Oppenhof-Delius[1]) und Schwarze.[2]) Daß das Strafgesetzbuch mit seiner Normierung der Versuchsstrafe nicht allgemeinen Anklang gefunden hat, zeigen die andersartigen Vorschläge der Entwürfe.

Die Frage der obligatorischen Strafmilderung und fakultativen Ermäßigung der Mindeststrafe sind grundsätzliche. Wer auf das objektive Geschehen besonders Gewicht legt, muß die vom Reichsstrafgesetzbuch getroffene Regelung befürworten. Vom objektiven Standpunkt aus stellt der Versuch nicht das gleiche Unrecht dar, als die Vollendung.[3]) Dagegen vom subjektiven Standpunkte aus darf es auf die äußere Handlung nicht so ankommen, als auf die Schuldseite, denn der Vollendungserfolg ist oft gar nicht vom Willen abhängig, vielmehr von Zufällen, die für die Bestrafung nicht von Bedeutung sein dürfen. Eine Erfolgsstrafe aber ist abzulehnen.

Der verbrecherische Wille ist beim Versuch, so beim beendeten Versuch oft von gleicher Intensität und Verwerflichkeit als der Vollendungswille, daher nehmen viele Vertreter einer subjektiven Auffassung beim Versuch die Möglichkeit einer Gleichbestrafung mit der Vollendung an. Ihr Vorschlag ist der fakultativer Strafmilderung wegen Berücksichtigung des Willensmoments.

Aber auch aus subjektiven Gründen halten manche eine obligatorisch mildere Bestrafung für angebracht. Lammasch[4]) weil die Willensschuld sich mit dem Maße der Annäherung an die Vollendung steigere — sei es durch graduelles Anwachsen, sei es durch Fortdauer der Willensenergie — Lammesch,[5]) Bar,[6]) Köhler[7]) führen als durchschlagendes Element für die Strafmilderung außer dem bösen Willen, den Eindruck an, den die Versuchstat auf die Allgemeinheit macht. Dem Volksempfinden würde eine Gleichbestrafung von Versuch und Vollendung nicht entsprechen.

Auch wir stimmen dieser Auffassung bei. Das Reaktionsbedürfnis des Staates ist beim Versuch weit geringer, als bei der Vollendung. Der Eindruck einer Tat bestimmt sich nach der objektiven Gefährlichkeit. Gefährlichkeit ist nach unserer Auffassung ein mit zur Schuld gehöriger Faktor. Nach dem Eindruck der Unrechtshandlung richtet sich daher auch die Schuldstrafe. Von dem Verbrecher, der es nur bis zur Versuchshandlung gebracht hat, vielleicht aus Mangel an Kaltblütigkeit oder Ungeschicklichkeit hat die Allgemeinheit viel weniger zu befürchten als von dem, dem sein Verbrechen gelingt. Daher ist seine Schuld auf Grund geringerer Gefährlichkeit eine geringere.

Ob gerade eine Ermäßigung der Versuchsstrafe in den Fällen geringerer Strafbarkeit auf $^1/_4$ die richtige Lösung darstellt, darüber

[1]) § 44 Anm. 8.
[2]) Komm. S. 162.
[3]) Schwarze II. Bd. S. 277.
[4]) Moment S. 68—73.
[5]) Moment S. 65.
[7]) Gesetz und Schuld II. S. 567 ff,
[6]) Strafr. a. T. S. 441.

läßt sich streiten, ebenso über die Untergrenze von 3 Jahren Zuchthaus bezw. Festungshaft nach § 44 Abs. II und III. Die Regelung des § 44 Abs. II R.St.G.B. steht im Widerspruch mit der Auffassung des Strafgesetzbuches hinsichtlich des Wertes der einzelnen Strafarten. In § 44 werden die Todesstrafe und die lebenslängliche Zuchthausstrafe im Werte einander gleichgesetzt; während sonst die Todesstrafe als die schwerste aller Strafen an der Spitze der Straftabelle steht und nicht einmal alternativ angedroht ist. § 211 R.St.G.B.

Folgerichtig müßte man daher auch im Versuchsfalle einen Unterschied machen. Auch der Sprung von Todesstrafe zu 15 Jahren Zuchthaus für den schwersten Fall des Mordversuches dürfte zu weit gehen, da doch lebenslängliches Zuchthaus für eine Milderung an nächster Stelle stünde und gerade bei so schwerwiegenden Verbrechen eine weitergehende Milderung als bei den übrigen Delikten wenig am Platze ist. [1])

Eine gegenteilige Richtung schlägt der Gesetzgeber ein, wenn er schon den Versuch eines Verbrechens z. B. im § 81 mit § 82 R.St.G.B. mit der Vollendungsstrafe belegt. Hier spielen Gründe der besonderen Gefährlichkeit eine Rolle. Warum nicht auch beim Mordversuch? Die Regelung der Versuchsstrafe ist also nicht einwandfrei.

3. Kapitel. **Weitere Unrechtsfolgen.**

Außer der Strafe kennt das R.St.G.B. noch eine Reihe weiterer Unrechtsfolgen, teils mit Strafcharakter, teils reine Sicherungs- und Vorbeugungsmaßnahmen.

Als Nebenstrafen, d. h. die neben einer Hauptstrafe vorkommen können, unterscheiden wir:

1) Strafen an der Ehre z. B. Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte §§ 32 bis 34, 36 R.St.G.B.

2) Strafen an der Freiheit, z. B. Polizeiaufsicht [2]) §§ 38, 39 und korrektionelle Nachhaft [3]) § 362 Abs. II—IV R.St.G.B.

3) Strafen am Vermögen, z. B. kriminelle Einziehung [4]) nach § 40, Unbrauchbarmachung [5]) §§ 41, 42, Verfallerklärung § 335 R.St.G.B. u. a.

Als weitere Unrechtsfolgen des geltenden Rechts sind hauptsächlich die Buße an Stelle des privatrechtlichen Schadensersatzes §§ 188, 231 R.St.G.B., die Unfähigkeit zur Beschäftigung in gewissen Zweigen der Verwaltung § 319 R.St.G.B., Eintragung der Strafe im Strafregister u. a. zu erwähnen. Soweit es sich bei den

[1]) Vgl. Köhler Studien S. 31 und M. E. Meyer in Reform I. S. 347—348.

[2]) Ihr Strafcharakter ist bestritten, s. Beling Grundz. S. 4, Frank § 39 I u. a. Mit Recht dagegen von Allfeld Lehrb. S. 330 N. I. Finger Lehrbuch I S. 489, Köhler Strafr. a. T. S. 603. Anm. 4 Delegelata als Nebenstrafe behandelt.

[3]) Auch hier ist wie bei Polizeiaufsicht der Strafcharakter bestritten, als Nebenstrafe wird sie bezeichnet in R. G. E. VII 433; 35, 343, anderer Meinung O. L. G. 25, 249.

[4]) Sie ist de lege lata als Nebenstrafe zu betrachten. Vgl. R. G. E. 57, 334, Die rechtliche Natur ist sehr bestritten, vgl. Köhler Strafrecht a. T. S. 611, Beling, Grundz. S. 4 Frank § 40, I R. G. E. 46 131.

[5]) Vgl. R. G. E. 60, 285. Hier wird die Frage bei § 161 entschieden.

eben angeführten Maßnahmen um solche mit beabsichtigtem Uebelscharakter handelt, war die ratio legis, die in manchen Deliktsfällen noch nicht ausreichenden Uebelswirkungen der Hauptstrafe in entsprechender Weise zu verstärken.

Bei den sonstigen Unrechtsfolgen handelt es sich um teilweise außerhalb des Strafzweckes liegende Maßnahmen, die praktischer Weise z. T. aus Gründen der Prävention, z. T. aus anderen Bedürfnissen heraus außer der Strafe angeordnet werden können. Auch beim Versuch kommen einzelne Nebenstrafen und Unrechtsfolgen zur Anwendung. Wenn die Vollendung mit Todesstrafe oder lebenslänglichem Zuchthaus bedroht ist, ist nach § 44 II R.St.G.B. generell die Anordnung von Polizeiaufsicht zulässig. Dies auch dann, wenn beim vollendeten Delikt diese Möglichkeit nicht vorgesehen ist und zwar auch wenn das vollendete Delikt mit zeitiger Zuchthausstrafe bedroht ist,[1]) dagegen Frank[2]) mit dem Argument, daß hier sonst der Versuch strenger bestraft werden könne, als die Vollendung.

Der Grund obiger Annahme liegt in dem bei dem Versuche oft stärker als beim vollendeten Delikt auftretenden Präventionsbedürfnis.

Im übrigen beschränkt § 45 R.St.G.B. die Zulässigkeit von Polizeiaufsicht auf die Fälle, in denen auch bei Vollendung darauf erkannt werden kann. Ebenso erfolgt die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nur mit dieser Einschränkung.

An weiteren Ehrenstrafen sind beim Versuch nur noch die Aberkennung der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter, wenn auch auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann nach § 35, die Einziehung nach § 40 R.St.G.B. und die Verfallerklärung nach § 335 R.Str.G.B. möglich.[3]) Diese Annahme entspricht der ratio legis.[4]) Der § 45 R.St.G.B. wäre überflüssig, wenn er nicht eine Beschränkung der Nebenstrafen bedeuten würde.[5]) Andere Strafübel hält der Gesetzgeber mit Recht nicht für erforderlich, vgl. (z. B. §§ 128, 129, 161, 319, 358. „Solche Nebenstrafen können das Maß des Strafübels empfindlich vergrößern, ohne eine Konsequenz der Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit der Persönlichkeit des Schuldigen zu sein". (Bar II S. 500). Daher muß der Gesetzgeber bei ihrer Festsetzung mit besonderer Umsicht vorgehen. Nur das vollendete Delikt rechtfertigt aber oft die Nebenstrafe.

Die in § 31 R.St.G.B. bezeichneten Nebenfolgen der Zuchthausstrafe, nämlich die dauernde Amts- und Heeresunfähigkeit,[6]) treten, da sie nicht Nebenstrafen, sondern Nebenwirkungen der Zuchthausstrafe sind, selbstverständlich auch ein, wenn beim Versuch auf Zuchthausstrafe erkannt wird. Sie gehören zum Inhalt der Zuchthausstrafe.[7])

---

[1]) S. Köhler Strafr. a. T. S. 480 und 618 R. G. E. 16, 400 (401)
[2]) Komm § 44 II. 2.
[3]) Bestritten.
[4]) S. Köhler Strafr. a. T. S. 481.
[5]) Vgl. Köhler Strafr. a. T. S. 481 und R. G. E. 13. 76 (79) Olshausen Komm. § 45 N. I. Frank Komm. § 45 Nr. II Leipz, Komm. § 45 N. III. Bar II S. 500 Anm. 23. a. M. Wachenfeld S. 258 (er trifft diese Einschränkung nicht).
[6]) Vgl. Köhler Strafr. a. T. S. 591 Anm. II. Er bezeichnet diese Nebenwirkung als von zweifelhaftem Werte.
[7]) Frank, Komm § 31 I.

4. Kapitel. Der Rücktritt vom Versuch.

Nicht in allen Fällen, in denen nach dem Gesetz Strafe verwirkt ist, macht der Staat seinen Strafanspruch geltend, nämlich bei den sogen. Strafaufhebungsgründen, auch Strafbefreiungs- oder Straftilgungsgründe genannt. Hier verzichtet der Staat auf seinen Anspruch entweder bereits vor einer Verurteilung z. B. bei Verjährung der Strafverfolgung, §§ 66—69 R.St.G.B. oder erst nach einer Verurteilung z. B. bei Verjährung des Strafvollstreckungsanspruchs § 70 R.St.G.B.

Zu den Strafaufhebungsgründen der ersten Art zählt nach der herrschenden Lehre der freiwillige Rücktritt von unbeendeter Versuch [1]) § 46 Ziff. I R.St.G.B. und der freiwillige Rücktritt vom beendeten Versuch — tätige Reue § 46 Ziff. II R.St.G.B. Ersterer erfolgt durch Unterlassung weiterer Versuchshandlungen, letzterer durch tätiges Abwenden des zuerst erstrebten Erfolges.

Strittig ist dabei die Frage, wann der Versuch beendet ist. Schon dann, wenn der Täter beim Abschluß der Ausführungshandlung das zur Vollendung Erforderliche getan zu haben glaubt (subjektive Auffassung) [2]) oder erst dann, wenn das seitens des Täters objektiv Erforderliche geschehen ist (objektive Auffassung).[3]) Die Anwendung beider Maßstäbe befürwortet Köhler. [4]) Die Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritt — das Gesetz verlangt nur ein Symptom der Freiwilligkeit [5]) — sowohl des beendeten wie des unbeendeten Versuchs wird teils aus kriminalpolitischen und Billigkeitsgründen, teils aus Rechtsgründen in der Literatur gerechtfertigt.

Die älteren Ansichten, die Rechtsgründe für die Straflosigkeit des Rücktritts vom Versuch geltend machen, sind von Herzog [6]) eingehend gewürdigt und mit Recht abgelehnt worden. Der böse Wille wird durch Rücktritt nicht rückwärts annulliert, wie Köstlin, Schwarze u. a. annehmen, auch die Ansicht Ludens, daß der Wille getilgt worden sei, oder daß der Wille nicht beharrlich war, also für eine Bestrafung nicht in Frage kommt, ist falsch (sog. Annullations-, Nullitäts-, Infirmitäts-Theorien).

Herzog stellt selbst die sog. Präsumptionstheorie [7]) auf. Er geht davon aus, daß weder vom Standpunkte einer objektiven noch einer subjektiven Versuchstheorie die Strafbarkeit des unbeendeten Versuchs gerechtfertigt sei. Doch dürfe auch ohne faktische Normverletzung und ohne festen Beweis, daß die „Energie des Geistes" stark genug war, den Erfolg zu bewirken, aus praktischen Erwägungen eine Strafe eintreten. Eine Strafbarkeit sei sogar zur Repression

---

1) Gl. M. Beling Grundz. S. 88, 98 IV, Köhler Strafr. a. T. S. 644, Liszt Lehrb. § 48 I, Klee S. 186, Gerland R. Strafr. S. 38.
2) Finger I S. 307, Krug S. 36, Allfeld Lehrb. § 36 S. 192, Frank Komm. § 43 IV, Hälschner d. gem. d. Strafr. S. 359.
3) Vgl. Beling Grundz. S. 86, Liszt Lehrb. S. 208. Goldschmidt d. Lehre vom unbeendeten Versuch, Berlin 1895 S. 55, Lobe in Hdw. B. d. R. W. V. Bd, 1928 S. 178.
4) Strafr. a. T. S. 456, 457.
5) Vgl. Köhler Strafr. a. T. S. 472, Olshausen Komm. § 46 N. 15.
6) Rücktritt vom Versuch und tätige Reue.
7) S. 15 ff.

der Verbrechen von größter Wichtigkeit. Ist der Täter aber zurückgetreten, so ist der Mangel an Deliktsenergie hinreichend bewiesen. Es war keine Perfektionskraft vorhanden. Auch beim Rücktritt vom beendeten Versuch — der Unterschied ist nur ein formeller — liegt dann eine Negierung des Schadenseintrittes vor. Aehnlich Binding, der behauptet, daß die Rechtswidrigkeit wegfalle.[1])

Es bestünde danach kein Grund mehr zu Strafen.

Auch in neuerer Zeit wird noch teilweise die Straflosigkeit des Rücktritts vom Versuch auf Rechtsgründe zurückgeführt. So wird z. B. von Klee allerdings nur beim freiwilligen Rücktritt vom unbeendeten Versuch Straflosigkeit als logisches Postulat gefordert, „da der Rechtsgrund der Versuchsstrafe in der durch die Beziehung des Willens zum strafbaren Erfolge bedingten Gefährlichkeit der Handlung, nicht in der Handlung an sich liegt, folglich das Interesse des Strafrechts an der Handlung erlischt, sobald sie nur noch eine Handlung an sich, nicht mehr gefährliche Handlung ist".[2]) Im Sinne einer Infirmitätstheorie spricht sich E. v. Liszt[3]) über die Frage aus.

Die jetzt weitaus überwiegende Auffassung lehnt Rechtsgründe für die Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts vom Versuche ab, und rechtfertigt diese aus rein kriminalpolitischen Gesichtspunkten,[4]) denn, wie Gerland richtig betont, wird durch den Rücktritt vom Versuch die Tatsache, daß eine Strafpflicht entstanden war, nicht geändert. S. auch Finger[5]) „Tatsachen sind unerbittlich" Osenbrüggen Abh. I. Wie auch Spohr S. 1 hervorhebt, kann weder die Rechtswidrigkeit noch die Schuld nachher wieder beseitigt werden. Wenn der Staat jedoch von Strafe absieht, so bestimmen ihn dazu Zweckmäßigkeitsgründe. „Soll doch die Strafe als Kampfmittel gegen das Unrecht nur die ultima ratio sein, von der der Gesetzgeber absehen kann und soll, wo nicht eine gebieterische Notwendigkeit sie fordert".

Auch wir schließen uns diesen Erwägungen an. Mit der Annahme einer weniger intensiven, also geringeren Schuld bei freiwilligem Rücktritt, wie sie vielleicht im konkreten Falle nachgewiesen werden könnte, kommt man nicht durch. Vgl. Köhler.[6]) Jedoch kann man dieses Moment als ein, wenn auch nicht durchschlagendes Argument für die Strafbefreiung anführen. Spohr bezeichnet vom Standpunkte eines Gesinnungsstrafrechts den freiwilligen Rücktritt meist als Symptom einer mangelnden antisozialen Gesinnung des Täters, und damit einer mangelnden subjektiven Gefährlichkeit. Dagegen ist hervorzuheben, daß der Grund des freiwilligen Rücktritts auch in Momenten liegen kann, die keine Schlüsse auf eine rechtrechtmäßige Gesinnung und geringe Gefährlichkeit erlauben, z. B. dem Diebe ist die Beute zu gering, sodaß er sie nicht wegnimmt. Vgl. Overbeck S. 50.

[1]) Normen Bd. 1. S. 117 Anm. 8.
[2]) S. 44 ähnlich auch Wachenfeld S. 182, Oetker Z. Str. W. 17 S. 68.
[3]) S. 81 ff.
[4]) Liszt Lehrbuch § 48 S. 215, Gerland S. 138, Klee (aber nur bei tätiger Reue), Lobe, in Handw. d. R. W. Bd. 5 S. 177,
[5]) Lehrb. I S. 319 ff.
[6]) Ger. S. 96 S. 155, Anm. 1.

Ein generell zutreffendes Argument ist also auch hier nicht gegeben, dagegen lassen sich sehr wohl kriminalpolitische Gründe für eine Strafbefreiung beim freiwilligen Rücktritt anführen. Der Staat hat ein Interesse daran, daß das begonnene Verbrechen nicht ausgeführt wird, daher setzt er demjenigen, der sich durch die Strafdrohung von der Begehung der Tat nicht abhalten ließ, eine Prämie, er erläßt ihm die an sich verwirkte Strafe, wenn er freiwillig noch rechtzeitig vom Versuche absteht, bezw. den Eintritt des Erfolges vereitelt. Im Interesse der Allgemeinheit, deren Schutz dem Staate obliegt, soll dem Täter eine goldene Brücke gebaut, der Weg zur Abkehr von der Tat erleichtert werden.

Gewährt aber das Strafgesetzbuch dem vom Versuch freiwillig Zurücktretenden Straffreiheit, so ergibt sich dasselbe Postulat auch dann, wenn bereits Versuchshandlungen als vollendetes Delikt mit Strafe bedroht sind.[1]) Auch auf gewisse Fälle des vollendeten Delikts, in denen die Wiedergutmachung des Geschehenen praktisch einem freiwilligen Rücktritt von beendetem Versuch gleichkommt, sollte im Interesse der Geschädigten die Strafaufhebung ausgedehnt werden. S. Seuffert. [2]) Z. B. beim Diebstahl, wenn der Täter freiwillig, bevor er von einer Verfolgung Kenntnis erlangt hat, die gestohlene Sache zurückgibt. Des weiteren wäre ein Verzicht auf Strafe auch begründet, wenn im Falle eines fehlgeschlagenen Verbrechens der Täter in Unkenntnis des Mißlingens Abwendungshandlungen vornahm, die sonst auch den Erfolg abgewendet hätten. De lege ferenda wäre auch hier eine Strafbefreiung zu verlangen. [3])

II. Zweifelhafte Fälle der Bestrafung.

1. Kapitel. Bei sämtlichen Deliktsgruppen.

I. Abschnitt.

Der untaugliche Versuch.

Wenn das geltende Recht für die Strafbarkeit des Versuchs verlangt, (§ 43 R.St.G.B.) daß Handlungen vorliegen müssen, welche einen Anfang der Ausführung des Verbrechens oder Vergehens enthalten, ohne daß es zur Vollendung gekommen ist, so mag diese Begriffsbestimmung des strafbaren Versuchs dazu dienen, die typischen Versuchsfälle zu bezeichnen, insbesondere den Versuch gegenüber den sog. Vorbereitungshandlungen und gegenüber der Vollendung abzugrenzen; die wichtigsten Kontroversen, die die Wissenschaft schon seit Jahrzehnten beschäftigen, werden dadurch nicht gelöst und sollten z. T. auch nicht gelöst werden. Insbesondere hat man die Frage der Behandlung des sog. untauglichen Versuchs, über die völlige Ungewißheit herrscht, absichtlich nicht geregelt. Das

[1]) Für Strafbefreiung Wachenfeld S. 185, Frank Komm. § 82 IV. Olshausen Komm. § 82 IV. Gerland R. Strafr. S. 220 A. M. Liszt,
[2]) Mitt. I. K. V. Bd. 10 S. 478.
[3]) Vgl. Köhler Strafr. a. T. S. 472, Frank V. D. A. V. S. 325, Finger I. S. 321 A. M., Wachenfeld S. 185.

Strafrecht war noch nicht genügend ausgebildet, um diese Kontroverse entscheiden zu können. Daß eine Bestrafung des untauglichen Versuchs de lege lata jedoch nicht im Widerspruch mit der gegebenen Versuchsauffassung stehen darf, dürfte selbstverständlich sein.

Unter untauglichem Versuch versteht man, soweit man eine solche Bezeichnung anerkennt, die Fälle der Nichtvollendung eines Erfolges, in welchem von vornherein ein untaugliches Mittel oder Objekt gewählt wurde.[1]) Z. B. es hält jemand versehentlich eine leere Schachtel für eine Höllenmaschine und will damit seinen Feind in die Luft sprengen. Und zwar wird allgemein ein Versuch mit untauglichen Mitteln nicht nur dann angenommen, wenn das vom Gesetz vorgeschriebene Mittel nicht angewendet wurde (Sprengmittel im § 4 Sprengstoffgesetz), sondern auch wenn sich bei Anwendung eines vom Täter beliebig benützten Mittels ein Erfolg der erstrebten Art nicht erreichen läßt.

Auch das Subjekt kann untauglich sein, so wenn ein Nichtbeamter, der sich fälschlich für einen Beamten hält, ein Beamtendelikt begehen will.

Eine Lösung des Problems der Bestrafung des sogen. untauglichen Versuchs ist schwierig. In der Wissenschaft wird die Frage verschieden behandelt. So heißt es in der Entscheidung des Reichsgerichts in Band I S. 441, daß im Versuche der verbrecherische Wille diejenige Erscheinung sei, gegen welche das Strafgesetz sich richtet. Danach kommt es auf die Tauglichkeit nicht an, (subjektive Ansicht). Die Objektivisten die eine teilweise Verwirklichung des Verbrechens fordern, legen daher den Schwerpunkt auf eine objektive Gefährlichkeit. Zwischen den beiden Haupttheorien haben andere Vermittlerrolle.

Ihre Ansicht über Grund und Zweck der Versuchsstrafe führt die Anhänger der zahlreichen Theorien zu ganz verschiedenartiger Behandlung des sog. untauglichen Versuchs. Eine gewichtige Rolle spielt dabei die Frage der Kausalität der Versuchshandlung, die von der subjektiven Theorie verneint wird.

a) Objektive Theorien.

Die älteste der objektiven Theorien ist die von Feuerbach[2]) begründete Theorie der potentiellen Kausalität. Danach muß die Versuchshandlung, um strafbar zu sein, ihrer äußeren Beschaffenheit nach mit dem beabsichtigten Verbrechen in ursächlichem Zusammenhange stehen und damit eine objektive Gefahr im Einzelfalle begründen. Der in concreto ungefährliche Versuch hat demnach straflos zu bleiben. Ungefährlich ist wegen Mangels einer Causalbeziehung die Vorbereitungshandlung (conatus remotus) wie auch der Versuch, wenn die Versuchshandlung nicht zum Erfolge führen konnte, d. h. wenn der Versuch untauglich ist. Es wird nur der taugliche Versuch unter Strafe gestellt als conatus proximus und propinquus.

---

1) Vgl. Köhler Strafr. a. T. S. 459.
2) § 42 S. 71.

Diese Theorie fand zahlreiche Anhänger nach ihrer Modifizierung durch Mittermaier.[1]) Dieser hat, um Irrtümern hinsichtlich der Bestrafung des Versuchs aus dem Wege zu gehen, denn streng genommen führt Feuerbachs Theorie zur Straflosigkeit jedes Versuchs, da die Tatsache, daß es beim Versuch geblieben ist seine Ungefährlichkeit in concreto beweist, eine Unterscheidung von untauglichen Versuchshandlungen in relativ und absolut untaugliche vorgenommen. Das Postulat Mittermaiers heißt also: Bestrafung der Versuchshandlung mit relativ untauglichen bezw. unzulänglichen Mitteln, Straflosigkeit in allen übrigen Fällen mangels objektiver Gefährlichkeit. Die Straflosigkeit des Versuchs am nichtexistierenden Objekt ergibt sich daraus von selbst. In einem Angriff auf ein untaugliches Objekt liegt nach Mittermaier kein Verbrechen; der Angriff ist rechtlich bedeutungslos, der Versuch mit absolut untauglichen Mitteln enthält gleichfalls kein Unrecht. Eine Bestrafung setzt aber auch beim Versuch voraus, daß ein Unrecht schon verübt sei; dies ist nur dann festzustellen, wenn der Charakter des Verbrechens schon in der Beschaffenheit der Handlung liegt. Eine solche Beschaffenheit hat jedoch der Versuch mit absolut untauglichen Mitteln nicht, d. h. eine Handlung, aus welcher gar nie unter keinen Umständen das beabsichtigte Verbrechen entstehen kann. Eine Bestrafung ist hier ausgeschlossen, denn „die Gerechtigkeit erlaubt nicht zu strafen, wenn noch kein Unrecht verübt ist, weil sie den Schluß von der Möglichkeit auf die Wirklichkeit für ungenügend hält." Anders wie bei den unzweckmäßigen Versuchshandlungen, d. h. Versuchshandlungen mit absolut untauglichen Mitteln stellt Mittermaier ein Unrecht fest bei dem unzulänglichen Versuch, d. h. den Versuch mit relativ untauglichen Mitteln, „welche an sich zweckmäßig sind, aber inconcreto den Erfolg nicht hervorbrachten". Hier ist die vom Gesetz als unrechtlich erklärte Handlung dagewesen.

Diese Beurteilung von Mittel und Objekt nach der Tauglichkeit hat in der Wissenschaft großen Anklang gefunden, auch Vertreter der sog. Teiltheorie glaubten sie nicht missen zu können. Unter den Vertretern der Gefährtungstheorie sind es z. B. Geib,[2]) Baumgarten,[3]) von Liszt,[4]) Allfeld,[5]) Birkmeyer,[6]) Horn,[7]) Kohn,[8]) Merkel,[9]) Kriegsmann,[10]) v. Rohland,[11]) und Rosenberg,[12]) die in dieser oder ähnlicher Bestimmung der Gefährlichkeit der Versuchshandlung eine Lösung des Problems sehen. Die Meinungen über die Bestrafung des untauglichen Versuchs sind jedoch bei den angeführten Objektivisten geteilt. Die einen z. B. Geib, Baumgarten, Birkmeyer

[1]) Neues Archiv I S. 183 ff. (194)
[2]) § 102 S. 307.
[3]) Die Lehre vom Versuch 1888 S. 421 ff.
[4]) Lehrb. S. 214 ff.
[5]) Lehrb. S. 193 ff.
[6]) Enzykl. der R. 1904 § 9 S. 1116.
[7]) Versuch S. 340 ff.
[8]) Wahnverbrechen § 14.
[9]) Merkel-Liepmann S. 130 ff.
[10]) Wahnverbrechen S. 18 ff.
[11]) Die Gefahr im Strafr. S. 67 ff. 83 und 93.
[12]) Z. Str. W. 20 S. 688 ff.

stimmen in den Konsequenzen ihrer Ansicht der Bestrafung konkret gefährlicher Versuchshandlungen mit den Forderungen Mittermeiers überein; — Liszt nur scheinbar, da er verlangt, daß über die Gefährlichkeit vom Standpunkte des Täters zu entscheiden sei. — Geib allerdings bezeichnet die Untauglichkeit des Objekts und die absolute Untauglichkeit der Mittel als Strafaufhebungsgrund statt als Unrechtsausschließungsgrund nach Mittermeier.

Allfeld dagegen hält die Anwendung jedes Mittels als gefährlich und will bei absolut untauglichen Mitteln keine Ausnahme in der Bestrafung machen.

Eine andere Gruppe der Objektivisten begnügt sich nicht, wie die Mittermayer'sche Richtung damit, daß nur die abstrakte Handlung nicht absolut untauglich sei, den Erfolg zu bewirken — ist die konkrete Handlung nicht absolut untauglich, so ist es auch erst recht die abstrakte nicht — sie verlangt im Gegenteil die generelle Eignung der Handlung und damit die Straflosigkeit des generell ungefährlichen, untauglichen Versuchs. Es soll demnach für die Bestrafung darauf ankommen, ob die abstrakte Handlung überhaupt geeignet war, in der Mehrzahl der Fälle den Erfolg zu verwirklichen. Danach ist straflos, wer den Zuckerkranken durch Einflößen von Zucker in Kenntnis der schädigenden Eigenschaft des Zuckers für Zuckerkranke zu töten versucht, da Zucker in der überwiegenden Zahl der Fälle kein totbringendes Mittel ist. Ebenso wer in Kenntnis, daß X. eine dünne Schädeldecke hat, ihn durch einen leichten Stoß zu töten versucht.

Es handelt sich hier um die Anwendung der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs auf dem Versuchsfall, wonach Ursachen eines Erfolges nur diejenigen Bedingungen sind, die eine generelle Eignung zur Herbeiführung solcher Erfolge haben.

Zu den Vertretern dieser Gefährdungstheorie zählen hauptsächlich Kohn, Merkel, Kriegsmann, Rosenberg, Horn, auch von Kries[1]) vertritt teilweise diese Ansicht. Horn verlangt außerdem noch konkrete Gefährlichkeit „bestehend in dem nachträglichen Eindruck der vom dolus durchtränkten Tat". Doch dürfte sich dieses Erfordernis mit der Annahme abstrakter Gefahr von selbst ergeben. Wenn die Rechtsordnung gefährdet ist, ist es recht das Rechtsgut.[2])

Kritik der Gefährdungstheorie: Die Trennung von Objekt und Mitteln ist eine denkbar vage, willkürliche,[3]) da nach dem Gesetz nicht begründet.[4]) „Im übrigen ist zu beachten, daß der Begriff Mittel ein Zweckbegriff, also Mittel aus jeder Relation gelöst eine fehlerhafte Abstraktion ist." Lammasch ist beizustimmen wenn er

---

[1]) Ueber den Begriff der obj. Möglichkeit S. 301 ff.

[2]) So Köhler Strafr. a. T. S. 462.

[3]) Vgl. auch M. E. Mayer Strafr. a. T. S. 357, von Kriegsmann S. 25 wird zugegeben, daß „diese Differenzierung keine praktische Bedeutung beanspruchen darf", „denn bei der Bestimmung des untauglichen Versuchs wird die Handlung als Ganzes ins Auge gefaßt". Doch hält er sie als instruktive Unterscheidung für notwendig. Auf S. 27 betont er, daß Objekt und Mittel zum Erfolg gleich wesentlich sind, daher sei diese Unterscheidung unberechtigt.

[4]) S. Köhler Strafr. a. T. S. 461. Schoetensack Ger. N. 91 S. 384.

(Moment S. 17)[1]) sagt: „Die Unterscheidung der Fälle nach Tauglichkeit bezw. Untauglichkeit des Mittels beruht auf einem völlig prinziplosen Herausheben eines der Kausalfaktoren aus der Gesamtheit derselben." Der Begriff ist ein viel zu vager um „wissenschaftlich brauchbar zu sein." Ein Mensch der Arsenik verträgt, ist ein untaugliches Objekt für eine Vergiftung durch Arsenik, man kann aber auch sagen, Arsenik ist ein untaugliches Mittel zur Tötung eines solchen Menschen. Man sieht also, daß eine Trennung von Objekt und Mitteln kein passendes Kriterium ist. Vgl. Hälschner, das gem. deutsche Strafr. S. 348.

Aber auch die Unterscheidung zwischen relativer und absoluter Untauglichkeit, wie sie von den Vertretern der Gefährdungstheorie bei den untauglichen Mitteln vorgenommen wird, ist unbrauchbar,[2]) ebenso ist eine Bestrafung des Versuchs nach seiner generellen Gefährlichkeit inhaltlos.[3]) In concreto ist meist jedes Mittel absolut untauglich, vgl. Klee, S. 31, in abstracto ist dagegen jedes Mittel tauglich. Generalisiert man die gesamte Tätigkeit des Handelnden, so ist die Untauglichkeit fast stets eine relative, bezw. die Handlung ist fast stets generell gefährlich. Generalisiert man dagegen die fehlende Eigenschaft, so ist die Tauglichkeit stets ausgeschlossen, also ist die Handlung von diesem Gesichtspunkte aus generell ungefährlich. Demgegenüber erscheint die Strafloserklärung gewisser von der Gefährdungstheorie als untauglich bezw. ungefährlich bezeichneter Versuchshandlungen als willkürlich. Eine Feststellung genereller Gefahr ist äußerst schwierig, da es ungeklärt ist, von welchen Umständen bei der konkreten Handlung abstrahiert werden soll. Es fehlt also die Präzisierung und konkrete Bedeutung der Handlung. Eine Beachtung der konkreten Tat fordert in erster Linie das Schuldstrafrecht.

Ganz abgesehen davon können auch die Folgerungen, die die Anhänger der Gefährdungstheorie aus ihr herleiten, im einzelnen nicht befriedigen. So ist es unverständlich, warum der Diebsgriff in die leere Tasche straflos bleiben soll, ebenso wie der Dolchstich auf einen Gepanzerten, der Vergiftungsversuch mit Arsen gegenüber einem Arsenikesser. (Untaugliche Objekte). Eine Gefahr für die Rechtsordnung (Gegensatz Gefahr für ein Rechtsgut) also eine generelle oder abstrakte Gefahr könnte in diesen Fällen allerdings erblickt werden, doch eignet sich der Begriff einer solchen Gefahr nicht aus den oben angeführten Gründen. Bezüglich der von Liszt und Birkmeyer behaupteten Strafbarkeit des konkret gefährlichen Versuchs ist de lege lata mit Köhler[4]) zu bemerken, daß es dem

---

[1]) Ein einheitlicher Begriff der Gefährlichkeit ist bis jetzt von der Wissenschaft noch nicht ausgebildet worden. S. Birkmeyer, Schuld und Gefährlichkeit S. 54. Man muß sich mit der Bezeichnung einiger Kriterien begnügen. Ganz allgemein kann man sie als die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit eines schädigenden Ereignisses bezeichnen.

[2]) Vgl. die zutreffenden Beispiele bei Lammasch-Rittler S. 140, 141. S. auch Kohler Studien S. 27, Oekter z. Str. W. 17 S. 56 der jedoch relative und konkrete Untauglichkeit unterscheidet. M. E. Mayer will generelle und spezielle Untauglichkeit trennen S. 354.

[3]) Vgl. Köhler Strafr. allg. T. S. 460, 461, Schüler S. 62.

[4]) Köhler Strafr. a. T. S. 461, 462.

Gesetzgeber, wenn er als Erfordernis des strafbaren Versuchs einen Anfang der Ausführung verlangt, nicht darauf ankommt, ob ein angegriffenes Rechtsgut durch die Handlung des Täters wirklich in Gefahr kam.

Mit der Gefährdungstheorie nahe verwandt ist die Teiltheorie, so benannt, weil ihre Vertreter die teilweise Verwirklichung des Verbrechens als Voraussetzung der Versuchsbestrafung erklären und mit der Begründung, „was auszuführen unmöglich ist, kann man auch nicht auszuführen anfangen",[1]) die untaugliche, ungefährliche Handlung für straflos erklären wollen. In ihren Folgerungen konkludiert diese Theorie mit der Gefährdungstheorie, nur der Ausgangspunkt ist beiderseits verschieden. Vertreter dieser Theorie sind Geyer,[2]) Oppenhoff-Delius,[3]) Berner,[4]) Olshausen,[5]) Binding,[6]) Schötensack,[7]) vgl. auch Leipziger Kommentar § 43 N. 8 und 9. Geyer bezeichnet jeden untauglichen Versuch für straflos. Nicht so z. B. Olshausen, der beim Versuch mit untauglichen Mitteln absolute und relative Untauglichkeit trennt und den Versuch mit absolut untauglichen Mitteln straflos läßt. Berner hinwiederum behauptet, daß nur bei absolut untauglichen Objekten oder Mitteln der Begriff des strafrechtlichen Versuchs ausgeschlossen sei und erklärt demnach den Versuch am relativ untauglichen Objekt und mit relativ untauglichen Mitteln für strafbar. Schötensack vermeidet mit Recht die Bezeichnung „absolut untaugliche Mittel", denn „ein Urteil über die Tauglichkeit eines als Mittel zu verwendenden Gegenstandes kann solange nicht abgegeben werden, als nicht an bestimmte Eigenschaften desselben und an eine bestimmte Verwendungsart gedacht wird" und führt als Beispiel an, daß ein nicht geladenes Gewehr zwar untauglich ist zum erschießen eines Menschen aber nicht zum erschlagen. Er hält daher für richtig, da er ja auch das Wesen des strafbaren Versuchs darin erblickt, daß er ein teilweise existent gewordenes Verbrechen sei, allein den Versuch mit den Mitteln (S. 385) „die auch bei quantitativer Verstärkung zum Erfolg nicht führen können, also qualitativ untauglich zur Erfolgsbewirkung sind" als mit untauglichen Mitteln straflos zu lassen, z. B. mit Zucker, denn dieser kann bei Verstärkung der Dosis keinen Tod durch Vergiftung herbeiführen. Recht bedenklich ist dann noch die von Schötensack vorgeschlagene Erweiterung der Straflosigkeit auf Fälle, in denen Mittel verwendet wurden, deren Wirksamkeit im konkreten Fall verschwindend klein erscheint, z. B. das Verabreichen einer Spur Arsen. Die Forderung einer notwendigen teilweisen Verwirklichung des Verbrechens begründet Schötensack mit der Annahme einer Versuchsnorm, die z. B. lautet: „Ihr sollt nicht anfangen, den Tod eines anderen zu bewirken". Er fordert mit anderen Kausalität der Versuchshandlung zwar nicht für den geplanten Voll-

[1]) Berner Lehrbuch S. 139.
[2]) Z. Str. W. 1 S. 30 ff.
[3]) Komm. § 43 Anm. 6 ff.
[4]) Berner Lehrb. S. 139.
[5]) Komm. § 43 Anm. 19 ff.
[6]) Normen III S. 507 ff. und G. S. 85 S. 177 ff.
[7]) Verbrechensversuch S. 375 ff. und G. S. 91 S. 384 ff.

endungs-, wohl aber für den Versuchserfolg, der ja nach seiner Ansicht schon eine eigene Normverletzung bedeutet, denn im Sinne der Versuchsnorm liege das Verbot eines teilweisen Bewirkens.

Die Ansicht Schötensacks, sowie die Ansicht Bindings über die Versuchsbestrafung und somit die Behandlung des untauglichen Versuchs macht es erforderlich, auf die sog. Normentheorie einzugehen, das ist die Theorie, die aus dem Vorliegen einer Norm für das Strafrecht Schlüsse zieht. Norm ist, wie allgemein anerkannt ist,[1]) die Rechtswidrigkeitserklärung einer Handlung. Es gibt nun, wie Binding in grundlegenden Ausführungen dargetan hat, Gebots- und Verbotsnormen, je nachdem, ob das für rechtswidrig erklärte Verhalten ein positives Tun oder eine Unterlassung ist. Die Normen lauten: tue oder tue nicht! Sie sind nicht ausdrücklich in den Gesetzesvorschriften des Strafgesetzbuchs als Norm gekennzeichnet. Jedes Gesetz setzt aber eine Norm voraus, die nach heutiger Ansicht seit Beling (Methodik) als neben der Strafdrohung stehend, nicht in ihr enthalten anzusehen ist. So Frank,[2]) Binding,[3]) Finger.[4]) Von der Norm unterscheidet sich das Strafgesetz als „derjenige Rechtssatz, der Entstehung, Inhalt und Ende des subjektiven Strafrechts, genauer des Strafverhältnisses zwischen dem Strafberechtigten (dem Staat) und dem Verbrecher regelt.[5]) Demnach ist das Verbrechen im weitesten Sinne eine reine Normübertretung, keine Uebertretung des Strafgesetzes. Als Normübertretung kommt dann im Einzelnen in Frage, die Verletzung von Gefährdungsverboten, Verletzungsverboten und Verboten schlechtweg, von Bewirkungs- oder Verursachungs-, Gefährdungsgeboten und Geboten schlechtweg.

Wie man die Norm versteht, ist von größter Bedeutung für den Umfang der Versuchsbestrafung. Binding formuliert ganz allgemein, z. B. „ihr sollt nicht die Ursache zu einem Tode oder der oder jener Veränderung erzeugen".[6]) Geyer[7]) faßt sich genauer bei der Verbotsnorm: Die Norm verbiete Handlungen, die den Erfolg verursachen können. Buri[8]) bestimmt die Norm subjektiv. Sie richte sich gegen Handlungen, aus welchen sich der Erfolg ergeben soll.

Zwar darüber besteht Einigkeit, daß der Versuch in jedem Falle die Norm verletze, nur wann diese Verletzung gegeben sei, ist im Sinne der verschiedenen Formulierungen der Norm verschieden zu beantworten, ebenso wie die Handlung beschaffen sein müsse, um als Normverletzung noch gewertet werden zu können. Bestritten ist, ob der Versuch bereits eine vollendete Normübertretung darstellt, wie Binding annimmt. Erst mit dem Eintritt des Erfolges sei die Normübertretung vollendet.[9]) Erst hier kann man von dem Setzen

[1]) Vgl. Frank Komm. S. 3 I.
[2]) Komm. S. 3 I.
[3]) Normen I S. 59.
[4]) Lehrbuch S. 98.
[5]) S. Binding Normen I, S. 90.
[6]) Binding Hdb. I S. 173 und Normen I S. 115.
[7]) Z. Str. W. I S. 46.
[8]) Z. Str. W. I S. 196.
[9]) Normen I S. 376: „Versuch und Vollendung unterscheiden sich überhaupt nur durch das verschiedene Maß der Entwicklung des Angriffs" vgl. G. S. 85 S. 250 ff.

einer Vollursache sprechen, im Gegensatz zu einer Teilursache beim Versuch. In Vollverursachung und Teilverursachung der verbotenen Handlungen erschöpft sich aber das Gebiet jeder einzelnen Normübertretung.[1]) Schötensack[2]) nimmt sowohl eine Versuchsnorm als die primäre Norm wie eine Vollendungsnorm an, als die Versuchsnorm ergänzend.

Aus seiner Auffassung des Versuchs als Teilverursachung ergeben sich für Binding[3]) beim untauglichen Versuch folgende Konsequenzen: Nur ein geeignetes Mittel kann im konkreten Falle eine Teilverursachung herbeiführen. „Durch untaugliche Mittel wird die Herbeiführung der Realität, das Produzieren des Gewollten ausgeschlossen, durch sie wird nimmer eine Ausführung des Beabsichtigten bewirkt". So auch Otto vom Versuche der Verbrechen S. 72.[4])

„Die Tauglichkeit ist stets eine konkrete Tauglichkeit zu dieser Deliktshandlung" vergl. Binding G. S. 85 S. 239. Auch das untaugliche Mittel ist nach Binding stets ein konkret untaugliches. „Ob mit diesem Mittel auch andere Verbrechen nicht begangen werden können, ist ganz einerlei". Binding lehnt eine Trennung des Versuchs mit untauglichen Mitteln nach der relativen oder absoluten Tauglichkeit ab, doch dürfte sich, wie auch Delaquis[5]) bemerkt, aus Band II S. 411 der Normen mit Bd. I S. 693 Hdb. ergeben, daß Binding den Versuch mit relativ untauglichen Mitteln als tauglichen Versuch behandelt wissen will.[6]) Auffallend an Bindings Theorie ist vor allem, daß er nicht wie die Mehrzahl der Objektivisten, in richtiger Befolgung der Normentheorie eine objektive Gefahr beim Versuch als strafbegründend betrachtet. Eine Gefahr ist auch beim bereits beendeten Versuch oft nicht gegeben, wohl aber eine Teilverursachung.[7])

Kritik: Gegen die von uns als Teiltheorie bezeichnete Theorie läßt sich, soweit eine Unterscheidung von Mittel und Objekt nach ihrer Tauglichkeit vorgenommen wird, dasselbe anführen wie oben bei der sog. Gefährdungstheorie. Eine solche Differenzierung ist viel zu anfechtbar und unsicher um von Rechtssprechung und Gesetzgebung nutzbringend verwendet werden zu können. Ganz verfehlt ist eine Trennung der untauglichen Objekte in relativ und absolut untaugliche. Schwer wird sich außerdem feststellen lassen, wann im Einzelfalle eine Teilursache vorliegt, wann man von einer solchen überhaupt sprechen kann. Nicht einmal unter den Kriminalisten dieser Richtung herrscht Einigkeit darüber, in welchen Fällen des untauglichen Versuchs noch eine teilweise Verwirklichung eines Verbrechens zu erblicken sei und in welchem dies nicht der Fall ist. Eine klare Grenzfestung dürfte auch nicht gelingen. Mit dem Satze Berners, man könne nicht anfangen, was auszuführen unmöglich sei, läßt sich die Straflosigkeit absolut untauglicher Versuchshandlungen durchaus nicht begründen. So wie er war, konnte ja kein Versuch

---

1) G. S. 85 S. 239.
2) Verbrechensversuch S. 375 ff.
3) Normen III S. 507 ff. und G. S. 85 S. 177 ff.
4) Vgl. Binding, Ger. S. 85 S. 233 Anm. 1.
5) Der untaugliche Versuch S. 253.
6) Ger. S. 85 S. 239 ff.
7) G. S. 85 S. 225, 227, 257 und Hdb. I S. 692.

zum Ziele führen, denn es ist beim Versuch geblieben. Vgl. Schüler S. 62.

b) Die subjektive Theorie.

Während die Objektivisten bei Beurteilung der Strafbarkeit des Versuchs und insbesonders des untauglichen Versuchs von der Tatseite ausgingen und großenteils mit dem Begriffe objektiver Gefahr operierten, ignorieren die sg. Subjektivisten eine solche Gefahr vollkommen und verlangen lediglich das Vorliegen subjektiver Gefährlichkeit, d. h. einer gefährlichen Willensrichtung. Allerdings muß auch hier der Wille, wie Buri[1]) sagt, in der Handlung „zur vollen erkennbaren Darstellung" gelangt sein. Er muß sich objektiviert, manifestiert haben. Einer Bestrafung der nuda voluntas wird auch hier nicht das Wort gesprochen. Es wird der alte Satz ins Auge gefaßt: cogitationis poenam nemo patitur = Gedanken sind zollfrei.

Das Problem des untauglichen Versuchs und dessen Bestrafung wird von dieser Theorie einfach gelöst. Wenn es auf die Art des objektiven Geschehens nicht mehr ankommt, und die Strafe sich nur mehr nach dem bösen Willen richtet, so ist es nur folgerichtig, die Möglichkeit eines absolut untauglichen Veruchs im Gegensatz zu einem relativ untauglichen zu verneinen. Jeder Versuch ist gleich untauglich, daher ist im Prinzip jeder Versuch auf Grund subjektiver Gefährlichkeit strafbar.

Diese Theorie fand zahlreiche Anhänger wegen ihrer Folgerichtigkeit und gilt als die Theorie der Zukunft. Sie wird in verschiedenen Variationen vertreten von Buri[2]) Schwarze[3]) Hertz[4]) Lammasch-Rittler[5]) Hälschner[6]) Kries[7]) Köstlin[8]) Delaquis[9]) Eisenmann[10]) Seuffert[11]) E. v. Liszt[12]) Bierling[13]) Frank[14]) Doerr[15]) Redslob[16]) v. Bar[17]) Bülow[18]) Osenbrüggen[19]) Luden[20]) Schüler[21]) u. a. auch das Reichsgericht[22]) hat sich angeschlossen.

Die subjektive Lehre muß die Strafbarkeit des sog. untauglichen Versuchs generell bejahen. Dieses Ergebnis hat aber auch in den

---

[1]) Beiträge S. 182, vgl. auch Lammasch-Rittler S. 142, Hälschner das gemeine deutsche Strafr. S. 342.
[2]) Kausalität S. 114 ff. G. S. 32 S. 321 ff und 40 S. 503 ff. Z. Str. W. 1 S. 175 ff.
[3]) S. 290 ff.
[4]) Versuch mit untauglichen Mitteln 1874.
[5]) S. 137 ff und Lammasch Moment.
[6]) Das gem. deutsche Strafr. S. 347 ff, System S. 182 ff.
[7]) Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit S. 287 ff.
[8]) Neue Revision § 120.
[9]) Untauglicher Versuch S. 90 ff.
[10]) Z Str. W. 13 S 455 ff.
[11]) Mitt. I. K. V. Bd. 10 S. 463 ff.
[12]) S. 67.
[13]) Jur. Prinzipienlehre III S. 123.
[14]) Vgl. Darst. A. V. S. 264 ff. (er verlangt Störung des Rechtsfriedens)
[15]) S 137 N 8.
[16]) Vorbereitung und Versuch.
[17]) Gesetz und Schuld II S. 524 ff.
[18]) D. J. Z. 15 Jahrg. 1910 N. IV. S. 218 f.
[19]) Abh I S 34 ff
[20]) Abh. I über den Versuch der Verbrechen.
[21]) S. 63 ff
[22]) R. G. E. I, 439, 451; 8, 198; 17, 158; 42, 92; 50, 34.

Reihen von Subjektivisten Bedenken wach gerufen. Es wurde nach Gründen gesucht, in besonders geringfügigen Fällen Straflosigkeit eintreten zu lassen. Außer inneren Gründen, gefolgert aus dem Zwecke der Strafe, werden in erster Linie kriminalpolitische Erwägungen herangezogen. Vor allem ist es der Versuch mit metaphysischen Mitteln, der nach subjektiver Auffassung genau so strafbar sein müßte, wie jeder andere Versuch mit untauglichen Mitteln, denn es soll ja auf die objektive Beschaffenheit des Mittels kein Wert gelegt werden.

Aus der Lehre der Subjektivisten über die Behandlung des sog. untauglichen Versuch sei im einzelnen folgendes angeführt. Von Buri[1]) begründet die Unwichtigkeit der Art der Versuchshandlung damit, daß mit dem Ausscheiden auch nur eines einzigen Momentes in der Reihe der Umstände, die zum vollendeten Tatbestand führen, ein objektiver Tatbestand nicht mehr vorläge. Ein kausaler Zusammenhang zwischen Versuch und Vollendung sei eine logische Unmöglichkeit. Von einem Mittel könne man nicht sprechen, dies setze begrifflich die Tauglichkeit zu einem bestimmten Zweck voraus. Versuch sei nie eine teilweise Verwirklichung — teilweisen Mord gibt es nicht — er sei auch nie objektiv gefährlich, gefährlich sei nur diejenige Handlung, die den Erfolg herbeigeführt hat. Vorher sei die Gefährlichkeit nur eine gedachte. Buri lehnt auch eine generelle Gefahr ab, denn hier handle es sich um einen „aus dem Verlauf früherer Wirklichkeiten hergeleiteten Begriff der Erfahrungsmäßigkeit", nicht um eine konkrete Verletzung.

Eine Bestrafung des abergläubischen Versuchs verneint Buri, da es hier an dem erforderlichen Vorsatz, den Naturkausalismus zu benutzen, fehle.

Das Reichsgericht ist in seinen Entscheidungen durchwegs den Burischen Gedankengängen gefolgt. Sogar bei untauglichen Objekt und untauglichen Mitteln soll bestraft werden. Siehe E. 34, 237; 47, 65.

Eine strenge subjektive Auffassung vertreten außerdem u. a. Schwarze, Eisenmann und Schüler, die ebenfalls den untauglichen Versuch in allen Fällen, sogar ohne Ausnahme des abergläubischen Versuchs bestrafen wollen. So ist nach Schwarze S. 371 jede konkrete Handlung gleich geeignet den Erfolg herbeizuführen, auch die untaugliche, auch die mit metaphysischen Mitteln. Es besteht also kein Grund, irgendwelche Ausnahme in der Bestrafung zu statuieren.

Seuffert erachtet den abergläubischen Versuch nicht für gefährlich und will ihn deshalb von der Strafbarkeit eximieren. „Wer mit Zaubermitteln, durch Beten und Verwünschen sein böses Wünschen zu erreichen vermeint, der ist kein ernsthaft zu nehmender, kein gefährlicher Mensch. Lassen wir ihn weiter zaubern, beten oder verwünschen". Ist aber ein Versuch ernsthaft zu nehmen, was in den Fällen des absolut untauglichen Versuchs von Seuffert meist bejaht werden dürfte, dann steht der Versuch an Strafbarkeit der

---

1) Abhandl. S 55, Ger. S. 32 S. 350, Beiträge S. 280 f.

Vollendung gleich. Glaubt also jemand, Zucker sei Gift und will in dieser falschen Annahme seinen Feind vergiften, so will Seuffert ihn mangels Ernsthaftigkeit des Entschlusses straflos lassen, nicht dagegen den, der irrtümlich Zucker für Arsenik hält und glaubt, seinen Feind durch Einflößen des Zuckers vergiften zu können.

Eisenmann S. 468 ff 485 kennt keine Einschränkung in der strafrechtlichen Behandlung der Versuchsfälle. Ueberall wo sich die rechtswidrige Absicht aus Handlungen, die sie verwirklichen sollen, erkennen läßt, ist die Notwendigkeit der Bestrafung gegeben. So auch beim abergläubischen Versuch: „Der Bauer hat ein Mittel, eine Kraft benutzt, die seiner Meinung nach dem gewöhnlichen Naturkausalismus derogieren konnte, die also in dem Naturkausalismus, wie er im Geiste des Bauern sich darstellte, die Absicht zu verwirklichen imstande war, also eine wirkliche Kraft, ein Mittel dort repräsentierte, und da aller Irrtum bei der Wahl der Mittel... daraus entspringt, daß die Idee vom Naturkausalismus eine in einzelnen Punkten irrige ist, so haben wir einen regulären Versuch vor uns, der zweifellos zu strafen ist". Es kommt darauf an, ob ein in der Vorstellung des Handelnden taugliches Mittel vorhanden war. Es verfällt also jede als Versuchshandlung gedachte Tätigkeit der Strafe.

Aehnlich geht auch neuerdings Schüler vor.[1]) Er glaubt die Rechtsordnung bei jeder Art des Versuchs verletzt und die Norm übertreten, die Norm, die dem Täter verbiete: „Handlungen vorzunehmen, denen er die Prognose stellt, daß sie den mit Strafe bedrohten Erfolg herbeiführen werden". (Aehnlich wie Buri). Daraus leitet er die Strafbarkeit sowohl der Fälle mit absolut untauglichen Mitteln, absolut untauglichem Objekte, wie des abergläubischen Versuchs, ab. Doerr[2]) verteidigt ebenfalls eine streng subjektive Anschauung. Daß das Objekt untauglich war, ist im Verhältnis zum Willen des Täters reiner Zufall, „der verbrecherische Wille war da, auf ihm basierte die Handlung", es war sehr wohl Gefährlichkeit für rechtlich geschütztes Interesse vorhanden. Genauso könnte, wollte man den Zufall der Untauglichkeit der Versuchshandlung dem Täter zugute kommen lassen, der Täter, der taugliche Handlungen ausführt, verlangen, daß er straflos bleibe, weil er nicht z. B. gestohlen hätte, wenn kein Gegenstand dagewesen wäre und das dürfen wir ihm ohne weiteres glauben. Die seltenen Fälle des abergläubischen Versuchs, die nur in der Theorie eine Rolle spielen, lassen einen unzurechnungsfähigen Täter vermuten, der sowieso nicht bestraft werden kann, sondern in eine Irrenklinik gehöre. Die anderen oben angeführten Subjektivisten zeigen in der uns interessierenden Frage eine teilweise mildere Auffassung.

So lehnt Lammasch[3]) die Bestrafung des abergläubischen Versuchs mit der Begründung ab, daß für übernatürliche und dämonische Mächte der Staat nicht besteht und sie umgekehrt nicht für ihn bestehen. Ein solcher Versuch sei nichts strafrechtlich Relevantes. Es sei auch in der Mehrzahl der Fälle eine Bestrafung wegen Unzu-

---

1) S. 88.
2) S. 137.
3) Moment S. 73 ff. (78)

rechnungsfähigkeit abzulehnen. (Ähnlich das Reichsgericht und Frank). [1]) Er ist auch bei den übrigen Fällen des Versuchs für eine Berücksichtigung des Eindrucks der Tat bei der Strafbemessung, der natürlich bei dem Versuch mit absolut untauglichen Mitteln nicht der gleiche ist, wie der mit sogenannten tauglichen. Im übrigen verfolgt Lammasch eine durchaus subjektive Auffassung des Versuchs, die objektive Seite hat auch für ihn keine weitere Bedeutung. Aehnliche Ziele haben z. B. von Kries, [2]) daß die Bestrafung außer der Schuldhaftigkeit und den durch das schuldhafte Verhalten verursachten wirklichen Verletzungen noch dem Eindruck der verbrecherischen Tat in der Gesellschaft Rechnung tragen solle; der Eindruck richte sich nach der Gefährlichkeit, die also insofern Berücksichtigung finden müsse. Dieser Eindruck sei naturgemäß am stärksten da, wo es nur die Besonderheiten des einzelnen Falles waren, die den Versuch scheitern ließen, am schwächsten dagegen in Fällen, die von den Objektivisten als absolut untauglich bezeichnet werden. Eine Teilung der Versuchshandlungen in gefährliche und ungefährliche, wie sie z. B. von Liszt vornimmt, empfiehlt von Kries jedoch nicht.

Delaquis [3]) will nur aus Utilitätsrücksichten, in dem Bestreben sich mit dem „ethischen Werturteilen", welche im Volke gelten in Uebereinstimmung zu halten, eine mildere Bestrafung des Versuchs. Ein objektives Moment, der psychische Eindruck der Tat auf die Volksgenossen ist es auch, welcher die Bestrafung von Versuchsfällen mit unbedeutendem äußeren Geschehen und besonders des abergläubischen Versuchs beeinflußt. Delaquis geht so weit, in den Fällen des abergläubischen Versuchs, obwohl doch „der Wille, der sich gegen die Rechtsordnung aufbäumt, ebenso deutlich ersichtlich wie in anderen Fällen" ist, (S. 174) im Interesse der Allgemeinheit von der Bestrafung generell abzusehen. Dazu bemerkt er folgendes: (S. 203) „noch viel weniger würde es aber von der Allgemeinheit begriffen und ruhig hingenommen werden, wenn wir denjenigen hinrichten wollten, der einen anderen tot zu beten versuchte". Eine solche Konsequenz wäre aber für den extremen Subjektivismus unabweisbar und obschon das Prinzip, welches diesen Konsequenzen zugrunde liegt, im Großen und Ganzen die nötige Präventivwirkung enthalten würde, hat ein solches Prinzip doch nur so lange eine Berechtigung angewendet zu werden, als sich nicht der Gesetzgeber dadurch lächerlich macht oder gar Schaden angestiftet würde.

Bar [4]) vertritt eine Eindruckstheorie mit besonderer Schärfe. Da beim Versuch ja der Wille das strafrechtliche Relevante sei, wenn er sich betätigte, so ergäbe sich aus der Schwere des bösen Willens der Grundsatz der Gleichbestrafung von Versuch und Vollendung. Die in die Außenwelt tretende Tat habe jedoch eine gewisse selbständige Bedeutung des Eindrucks wegen, den sie auf weiteste Kreise des Volkes ausübe, „der Eindruck der Tat begrenzt also die

1) Komm. § 43 III.
2) Gefahr S 302 ff
3) S. 175, 203, 214 ff.
4) II. § 255 ff.

Strafbarkeit des Versuchs (S. 490)". Straflos haben daher zu bleiben solche Versuchshandlungen, die zu weit von der Vollendung abstehen oder Fälle in denen nur eine eingehende Untersuchung oder etwa ein Geständnis des Handelnden selbst eine Umsetzung des verbrecherischen Gedankens in Tat zu entdecken vermag. Bar kommt also außer in der Frage der Ausdehnung der Versuchsbestrafung auf Vorbereitungshandlungen in der Frage der Behandlung untauglicher Versuchsfälle teilweise zu Ergebnissen, die auch dem Objektivisten entsprechen, nämlich zur Strafloslassung des Versuchs am nicht vorhandenen Objekte oder wenn dem Objekte erhebliche Eigenschaften fehlen. (S. 531). Eine Bestrafung in solchen Fällen würde das Gefühl leichter verletzen, als wenn blos untaugliche Mittel verwendet wurden, sie wäre oft lächerlich, würde dem Ansehen des Staates schaden und ein Erpressertum großzüchten.

Kritik: Die subjektive Versuchstheorie hat gegenüber der objektiven große Vorzüge. „Sie wirkt bestechend durch Einfachheit und Geschlossenheit." (Rohland S. 72). Es kommt eine Differenzierung der einzelnen Versuchshandlungen nach ihrer Tauglichkeit nicht mehr in Frage, die zu keinen brauchbaren Ergebnissen führen konnte. Das Moment, von dem der Subjektivist die Strafbarkeit des Versuchs abhängig macht, ist in der ganzen Rechtswissenschaft und vor allem im Strafrecht von ausschlaggebender Bedeutung. Der böse Wille ist bestimmend für das Unrecht. Auch objektives Geschehen wird verlangt — die nuda cogitatio allein reicht nicht aus — und damit kann man die subjektive Theorie nicht einer Bestrafung nur des bösen Willens zeihen. Die subjektive Lehre will nicht den bösen Willen als solchen berücksichtigen, sondern erst, wenn er sich manifestiert hat, es muß wie Ed. v. Liszt (S. 69) es heißt „ein quantitativ und qualitativ gefährlich erwiesener böser Wille" betätigt worden sein. Damit ist auch das Erfordernis einer rechtswidrigen Handlung — auch der völlig untaugliche Versuch ist rechtswidrig — gegeben. Was versteht aber der Subjektivist unter einer rechtswidrigen Handlung? Bereits eine rechtlich indifferente Handlung trägt nach ihm den Stempel des Unrechts. Damit ist aber dem Wesen der Verbote nicht Rechnung getragen.[1]) Es ist doch nicht Aufgabe des Staates, als Beschützer der Rechtsordnung, sich mit rechtlich indifferenten Handlungen zu befassen, Handlungen, die weder einem Rechtsgute noch der Rechtsordnung selbst in irgend einer Stufe des Geschehens gefährlich wurden, oder sie verletzten. Von einer objektiven Gefahr kann man sehr wohl sprechen, dies wird auch z. B. von Lammasch [2]) in gewissem Sinne eingeräumt. Sehr richtig bemerkt Lammasch, [3]) daß der Gefahrbegriff eigentlich nur der ungenügenden Kenntnis des Menschen über den Kausalverlauf seine Entstehung zu verdanken hat. Erkenntnistheortisch beurteilt ist dieser Begriff ein durchaus subjektiver. Es ist richtig, daß vom Standpunkte eines gedachten überirdischen Wesens gerade für den Fall des Versuchs keine objektive Gefahr bestehen konnte, da es ja die Unmöglichkeit des

---

[1]) Vgl Köhler Studien S. 30.
[2]) Lammasch-Rittler S. 132
[3]) Lammasch-Rittler S. 131.

Erfolgseintritts voraussieht. Lammasch fährt zutreffend fort: „aus der erkenntnistheoretischen Einsicht, daß dieser Begriff ein subjektiver ist, folgt jedoch keineswegs, daß jene objektiv gegebenen Situationen, welche in uns den Eindruck der Gefahr hervorrufen, rechtlicher Beurteilung unfähig wären, in diesem Sinne und mit dieser Einschränkung kann man also auch von einer objektiven „Gefahr" d. h. von einer Sachlage, welche den Eindruck drohenden Unheils erzeugt, sprechen".

Die Verbotsnorm lautet nicht z. B. „ihr sollt nicht Handlungen unternehmen von denen ihr glaubt, daß sie den Tod eines Menschen herbeiführen werden" so Lammasch, Hold v. Ferneck (S. 12) Finger Frank und Kriegsmann, sie lautet vielmehr, ihr sollt nicht Handlungen unternehmen, die den Tod eines Menschen herbeiführen können. Vgl. Binding, Normen 3 S. 507 ff. Nicht gegen den bösen Willen ist ja die Allgemeinheit zu schützen, sondern gegen Verletzungen und damit auch Gefährdungen. Von einer Gefährdung kann man jedoch nur sprechen, wenn eine Handlung geeignet ist, die Besorgnis einer Verletzung zu begründen. Die subjektive Versuchstheorie faßt dagegen die Norm in ersterwähntem Sinne und kommt dadurch zu teilweise untragbaren Resultaten. Erwähnt seien die Entscheidungen des Reichsgerichts I. 439: Abtreibungsversuch bei einer Schwangeren mit völlig untauglichen Mitteln, Tötungsversuch an einem Leichnam. Besonders unbefriedigend ist die E. 47. 65, hier hatte die Angklagte, die sich zu Unrecht für Schwanger hielt, völlig harmlose Tabletten eingenommen. Trotzdem wurde sie wegen Versuchs bestraft, da zum Tatbestand des § 218 R.St.G.B. nicht eine bestehende Schwangerschaft gehöre. Aenlich E. 49. 16 Betrugsversuch bei Verkauf eines unterschlagenen Fahrrades in dem Glauben, der gutgläubige Käufer werde nicht Eigentümer. Abgesehen von diesen Fällen, die tatsächlich bestraft wurden, lassen sich viele Beispiele konstruieren, die die Unbrauchbarkeit der subjektiven Theorie in der Frage der Behandlung des untauglichen Versuchs in besonders grellem Lichte zeigen. Wie lächerlich ist es z. B., den Blinden wegen Versuchs der Brandstiftung strafen zu wollen, der ein Streichholz an die Felswand hält in dem Glauben, er zünde ein bewohntes Gebäude an oder denjenigen, der glaubt, durch einen Fußtritt einen Antipoden in die Luft zu sprengen wegen Mordversuchs zu belangen, ebenso denjenigen, der durch Durchstechung eines Bildes glaubt, den Feind zu ermorden. Die meisten Anhänger der subjektiven Theorie meiden es zwar ängstlich unter vielerlei Begründungen, besonders den abergläubischen Versuch zu bestrafen, doch mit welchem Rechte können sie dies? Der böse Wille war doch meist ebenso vorhanden, wie in anderen Fällen des absolut untauglichen Versuchs.

Wir haben oben gesehen, daß in der Frage der Bestrafung des untauglichen Versuchs von Subjektivisten selbst wiederholt an den Objektivismus Zugeständnisse gemacht worden sind, in dem auch dem objektiven Tatbestand des Versuchs teilweise Rechnung getragen wurde. Damit ist aber bewiesen, daß die subjektive Versuchstheorie auf falscher Grundlage gebaut ist, denn gerade die Brauchbarkeit dieser Lehre in allen ihren Punkten würde für ihre

Richtigkeit sprechen. Am konsequentesten geht z. B. Eisenmann vor, der auch vor der Anwendung seiner Lehre auf abergl. Versuchshandlungen nicht zurückschreckt. Nicht gedient ist der Wissenschaft, wenn man wie Bülow über die äußersten Konsequenzen der subjektiven Versuchslehre mit der Bemerkung hinweggeht, es handle sich bei den von uns nicht gebilligten Fällen strafbaren Versuchs um Schulbeispiele, die lediglich noch in Büchern als Gespenster umgingen, in der Praxis jedoch nicht bestraft würden, wenn sie vorkämen, würde es niemand einfallen, deshalb Anklage zu erheben. [1])

Wie von vielen Seiten schon wiederholt eingeworfen wurde, müßte die subjektive Lehre, will sie sich nicht selbst untreu werden, de lege ferenda zur Bestrafung des nicht geäußerten bösen Willens führen, wenn man ihn nur auf irgend eine Weise in Erfahrung gebracht hat. Sehr treffend ist der Einwand Köhlers gegen den Subjektivismus d. l. f. [2]) „daß wegen Fehlens objektiv rechtswidriger Außenweltshandlungen ungezählte Personen mit bösem Vorsatz straflos bleiben, während nur eine verschwindende Anzahl sich selbst duch einen Zufall so verrät, daß man ihnen beikommen kann."

Wer mit Seuffert, [3]) Kollmann [4]) usw. im Sinne der Modernen auf die antisoziale Gesinnung des Täters Gewicht legt, der kommt, da sich die Gesinnung auch in völlig belanglosen Handlungen dokumentieren kann — die Handlung ist ja lediglich Schulderkenntnismittel — zur Gleichbewertung von Mord und völlig untauglichem Versuch (S. Kollmann 467). Zur Lehre der modernen Strafrechtsschule werden wir an späterer Stelle eingehend Stellung nehmen. Hier sei nur erwähnt, daß im Interesse eines Vergeltungsstrafrechts nach unserer Ansicht das objektive Geschehen, der objektive Tatbestand auch beim Versuch andere Bedeutung haben muß, als lediglich symptomatische. Es muß ein rechtliches Verschulden vorliegen, die Handlung muß kausal geworden sein. [5]) Von unserem Standpunkte aus ist es demnach unbegründet, gewisse Versuchshandlungen, die der aufgestellten Prämisse entbehren, Fälle des sog. untauglichen Versuchs für strafrechtlich relevant zu erachten.

Da uns auch die subjektive Theorie keine befriedigende Lösung in der Frage der Behandlung untauglicher Versuchsfälle gegeben hat, ist sie abzulehnen. De lege lata steht sie in Widerspruch zum Gesetzestext.

c) Gemischte Theorien.

Es gibt nun eine große Anzahl vermittelnder Theorien, die in der Frage des untauglichen Versuchs die Konsequenzen der subjektiven Lehre zu mildern versuchen. Eine scharfe Grenze zwischen der Lehre der objektiven und subjektiven Versuchstheorie einerseits und diesen Theorien anderseits ist nicht zu ziehen. Daher werden oft die Anhänger der vermittelnden Theorien teils als Subjektivisten

[1]) D. J. Z. 15 Jahrg. N. 4. S 218 ff.
[2]) Studien S. 30, 31.
[3]) Mitt. I. K V. Bd. 10.
[4]) Der simptomatische Verbrechensbegriff Z. Strafr. W. 28 S. 449 ff.
[5]) Köhler G. S. 96 S. 168.

teils als Objektivisten zitiert. So können auch von Bar, von Rohland, Delaquis, von Liszt, Horn und Allfeld, deren Lehre an anderer Stelle bereits erwähnt wurde, auf Grund ihrer vermittelnden Auffassung unter die Vertreter der „subjektiv-objektiven" Lehre eingereiht werden. An dieser Stelle seien noch besonders erwähnt Graf zu Dohna[1]) Finger[2]) Kohler[3]) Wachenfeld[4]) Klee[5]) Oetker[6]) Gerland[7]) und Köhler.[8])

Graf zu Dohna[9]) und Finger betrachten den Versuch als einen Spezialfall des Irrtums. Die Strafbarkeit hängt nur davon ab, über welche Momente der Täter sich geirrt hat. Liegt ein Versuch über die Grenze des Geschehens vor, sog. nomologischer Irrtum, so bleibt der Täter für sein Tun unbehelligt.[10])Nur der ontologische Irrtum, der Irrtum über die tatsächlichen Verhältnisse ist als strafbar zu erachten. Finger glaubt die Feststellung d. l. l. aus dem Erfordernis eines Anfangs der Ausführungshandlung für die Strafbarkeit des Versuchs herleiten zu können, da Ausführungshandlung jede Handlung sei, (S. 293) „welche gemäß dem ontologischen Wissen des Täters ausgeführt, nach allgemeinem Erfahrungswissen den gewollten Erfolg herbeizuführen geeignet" sei. — Vgl. auch Kriegmann S. 21: „Anfang der Ausführung liegt .... vor, wenn eine Handlung vorgenommen oder begonnen wurde, welche unter ausschließlicher Berücksichtigung der im Moment der Willensbetätigung allgemein erkennbarem oder dem Täter bekannten Umstände in berechenbarem Zusammenhang zu der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes steht". Kriegsmann nimmt des weiteren einen straflosen untauglichen Versuch an, wenn „unter ausschließlicher Berücksichtigung der im Momente der Willensbetätigung allgemein erkennbaren oder auch nur dem Täter bekannten Umstände die Handlung von vornherein nicht zum Erfolge führen kann. Der Begriff ist enger gefaßt als bei Finger. Auch Kriegsmann kann das Problem nicht lösen. Ganz abgesehen davon, daß man von keiner Handlung sagen kann sie könne von vornherein nicht zum Erfolge führen, ist dadurch die absolute Strafbarkeit des Versuchs viel zu sehr eingeschränkt, das Gebiet des untauglichen Versuchs ist viel zu weit ausgedehnt, z. B. der Täter weiß, daß jemand gegen Arsenik unempfindlich ist, trotzdem probiert er es doch, ihn mit Arsenik zu vergiften, weil er hofft es würde das Gift vielleicht doch einmal schaden. Er bliebe straflos ebenso wie der, der einen Gepanzerten erdolchen will, derjenige der einen Schwimmkundigen in Tötungsabsicht ins Wasser wirft. —

Nach Finger gibt daher für die Strafbarkeit des Versuchs den Ausschlag, ob die Handlung genau so vorgenommen, wie sie sich der Täter vorstellte (ob der objektive Tatbestand nach unserer Erfahrung

[1]) M. a. T. S. 54 ff.
[2]) Der Versuch S. 259 ff.
[3]) Studien S. 7 ff.
[4]) Lehrb. S. 180.
[5]) Versuch
[6]) Z. Str. W. 17. S. 53.
[7]) Reichsstrafrecht S. 36.
[8]) Strafrecht all. T. S. 464.
[9]) M. a. T. S. 38.
[10]) M. a. T. S. 61 Vgl. Finger Lehrb. S. 283 ff.

geeignet ist, den mit ihr gewollten Erfolg herbeizuführen oder nicht.) Im ersteren Falle liegt eine taugliche Versuchshandlung vor, in letztem Falle nicht.

Zu dem gleichen Resultat kommt Graf zu Dohna S. 56, da strafbar nur immer solche Versuchshandlungen seien, „die geeignet sind, die verpönten Erfolge herbeizuführen, mag im besonderen Falle ein solcher Erfolg auch ausnahmsweise ausgeblieben sein." Ungeeignet sei jedoch eine Versuchshandlung, wenn das nomologische Urteil des Täters in allgemein erkennbarer Weise falsch war.

Unrichtig ist bei der dargetanen Ansicht die Behauptung, jeder Versuch setze einen Irrtum voraus. Es ist Kriegsmann (S. 23). Rohland,[1]) Binding,[2]) Köhler,[3]) Natorp,[4]) u. a. beizustimmen, daß sich der Täter wohl bewußt sein kann, daß seine Handlung nicht zum Ziele führt und trotzdem unternimmt er sie. Lediglich beim untauglichen Versuch liegt ein Irrtum vor, denn hier irrte der Täter „über die Fähigkeit der Handlung" (Kriegsmann) es liegt „eine falsche Bewertung der generellen Norm" vor (Rohland).

Eine Unterscheidung in nomologischen und ontologischen Irrtum kann unserem Dafürhalten nach nie die richtige Grundlage für eine Strafbarkeit bezw. Straflosigkeit der Versuchshandlung bilden. Das Unrecht ist in den Fällen, in denen der Täter sich über die Gesetze des Geschehens irrte, oft in stärkerem Maße feststellbar, wie bei einem Irrtum über tatsächliche Verhältnisse. Die Einschränkung „allgemein erkennbar" dient nicht dazu, Klarheit zu schaffen. Köhler [5]) und M. E. Mayer [6]) bringen besonders sinnfällige Beispiele. Straflos ist derjenige, der sich über die Tragfähigkeit seiner Flinte, über die Wurfbahn seines Steines im Unklaren war, ebenso wie der, der glaubte, eine Pistolenkugel dringe durch eine dicke Mauer, eine eiserne Platte usw. Strafbar dagegen wer einen irrtümlich für noch lebendig gehaltenen Toten erschießen will, wer die Mauer für dünner hält, die Entfernung für geringer usw.

Auch Frank [7]) vertritt in seinem Kommentar eine ähnliche Ansicht wie die bisher Genannten. Er betrachtet als Ausgangspunkt des ganzen Problems übereinstimmend mit Binding [8]) die Frage, was durch das Gesetz verboten wird. Hiernach ist äußerlich betrachtet das Verbot „auf die Verwirklichung eines bestimmten Tatbestandes, regelmäßig auf die Herbeiführung eines Erfolges gerichtet. Innerlich aber umfaßt es alle Handlungen, die (subjektiv) in der Voraussicht vorgenommen werden, daß durch sie der Erfolg herbeigeführt werde, sofern sie hiezu geeignet sind (objektiv)." Die Verbotsnorm ist also nach Frank so zu fassen, daß nur Fälle möglicher Kausalität verboten sind. „Denn an dem Ausbleiben von Handlungen unmöglicher Kausalität hat der Staat kein Interesse. Daraus daß eine Handlung

[1]) S. 85, 86.
[2]) Normen II. S. 485.
[3]) Köhler Strafr. a. T. S. 441.
[4]) S. 27.
[5]) Strafr. a. T. S. 463.
[6]) Strafr. a. T. S. 358 Anm. 40.
[7]) § 43 III.
[8]) Gerichtssaal 85 S. 196.

den Erfolg nicht herbeiführte, könne man jedoch nicht auf ihre Ungeeignetheit schließen. Geeignet kann eine Handlung auch sein, wenn der Erfolg nicht eintrat, wenn nur „beim Vorhandensein gewisser fehlender Umstände oder beim Fehlen gewisser vorhandener" der Erfolg nach menschlicher Berechnung eingetreten wäre. Da aber auch die Willensseite Berücksichtigung finden müsse, sei auf die Vorstellung des Täters bei Begehung der Tat Gewicht zu legen, in dem Sinne, daß der Beurteiler zu fragen habe, „wäre der Erfolg möglich gewesen, wenn die Sachlage der Vorstellung entsprochen hätte, die der Täter zur Zeit der Handlung hatte". An einer Anzahl von Beispielen veranschaulicht Frank seine Theorie. Strafbar ist der Versuch mit Arsenik zu vergiften, wenn auch versehentlich ein unschädliches Mittel verwendet wurde, strafbar ist es, ein ungeladenes Gewehr auf einen anderen abzudrücken, wenn man es für geladen hält. In beiden Fällen wäre der Tod eingetreten, wenn Arsenik oder ein geladenes Gewehr vorhanden gewesen wären. Straflos ist dagegen der der Zucker gibt, um zu vergiften in dem Glauben Zucker sei Gift oder wer statt des giftig gehaltenen Zuckers versehentlich Salz gibt, von dem er weiß, daß es kein Gift ist. Im ersteren Falle ist die Handlung ungeeignet, obwohl der Täter sich über die Sachlage nicht irrte, im zweiten Falle irrte er sich zwar, aber auch dann, wenn er sich nicht geirrt hätte, war die Vorstellung des Täters derart, daß auch nach ihr die Handlung zur Erfolgsverwirklichung ungeeignet war. Gewisse Aenlichkeiten mit der Lehre Franks und Dohnas finden wir bei Natorp.[1])

Frank geht von seinem durchaus richtigen Standpunkte aus. Die Verbotesnorm ist objektiv zu fassen. Trotzdem ergeben sich auch hier bei der Frage der Bestrafung untauglicher Versuchsfälle gewisse Schwierigkeiten. Verbietet die Norm, zur Erfolgsherbeiführung geeignete Handlungen vorzunehmen, so entsteht die Frage, von wessen Standpunkte aus eine solche Geeignetheit bestimmt werden soll. Frank nimmt offenbar an, vom Standpunkte der Allgemeinheit aus sei zu entscheiden. Es wird für den aburteilenden Richter jedoch schwer sein, sich den Fall so zu rekonstruieren, daß er sagen kann, vom Standpunkte der Allgemeinheit wäre der oder dieser Erfolg eingetreten oder nicht. Weiß nun z. B. der Richter auf Grund persönlicher Forschung, daß die Handlung zufolge besonderer der Allgemeinheit nicht geläufiger physischer Gesetze doch nicht ungeeignet war den Erfolg zu bewirken, oder daß nur in wenigen Fällen ein Erfolgseintritt nach menschlicher Berechnung wahrscheinlich war, darf er in diesen Fällen verurteilen? Nein, nach Franks Theorie und doch haben wir es mit Unrecht zu tun, das besonders schwer wiegend ist, wenn der Täter sich der Allgemeinheit unbekannte Gesetze zu Nutze macht oder wenn er seine Handlung auf das Eintreten eines Erfolges abstellt, der sehr wohl, wenn auch nicht nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zur Vollendung führt, z. B. A. will den B., von dem er weiß, daß er ein Meisterschwimmer ist, ermorden. Er wirft ihn zu diesem Zweck ins Wasser, weil er

[1]) S. 38 ff.

glaubt, das Wasser würde einen Starrkrampf herbeiführen, oder der B. würde durch Herzschlag sterben.

Ebenfalls eine gewisse Tauglichkeit des Planes halten Wachenfeld, Kohler und teilweise auch Klee für erforderlich zur Bestrafung des Versuchs.

Wachenfeld [1]) indem er nur den abstrakt d. h. der Rechtsordnung gefährlichen Versuch für strafbar erklärt, der so wie ihn der Täter dachte, zur Verletzung des angegriffenen Objekts führen mußte, Kohler [2]) indem er verlangt, daß Handlungen geplant waren, welche wenn sie sich entsprechend entwickeln, nicht zur Vollendung führen. Auch nach Kohler [3]) ist beim Versuch nicht ein Rechtsgut gefährdet gewesen, sondern die Rechtsordnung: „Der Täter hat sich in einer Weise gegen die Rechtsordnung aufgebäumt, daß die Rechtsordnung Schaden leiden kann und in thesi Schaden erleiden wird". Es besteht eine „soziale Gefahr" es tritt ein „zozialer Schaden" ein „auch wenn sich das betreffende Objekt außer Spurweite befunden hat, oder das betreffende Mittel im Momente aus Versehen vergriffen worden ist". „Nicht wegen der rechtsfeindlichen Gesinnung strafen wir" — sagt Kohler, Stud. S. 24 — „sondern deshalb, weil damit ein den Bestand der rechtlichen Ordnung gefährdendes und die sozialen Verhältnisse vergiftendes Element in die Atmosphäre gelegt wird und zwar nicht bloß in der unbestimmten Art eines unfaßbaren Miasmus, sondern in der bestimmt individualisierten Art eines Giftes, gegen dessen verletzende Kraft sich die Rechtsordnung zu wehren hat". Eine solche Gefährdung der Rechtsordnung läßt sich nach Kohler bereits daran erkennen, wenn der Plan tauglich war, nicht erst daran, wie die Sache ausgeführt war. Es kommt also danach nicht darauf an, ob ein Mittel objektiv tauglich oder untauglich ist, denn ein Versuch mit untauglichen Mitteln könne oft eine größere Beunruhigung der Außenwelt zur Folge haben als der taugliche. Die Richtschnur für die Frage der Tauglichkeit gibt der Satz, daß Versuchshandlungen dann tauglich seien (S. 27) „wenn sich unter den vom Täter gedachten Verhältnissen das Delikt zu Ende entwickeln" konnte. Kohler bejaht z. B. eine Bestrafung, auch wenn sich das betreffende Objekt außer Spurweite befunden hat, oder wenn versehentlich ein anderes Mittel ergriffen wurde, das den Erfolg nicht bewirken konnte. Er will denjenigen strafen, der einen eben Gestorbenen, den er für nur schlafend hielt, zu töten vermeinte oder die Frauensperson, die sich mit Abortivmitteln traktiert, weil ihre Periode um 8 Tage ausgeblieben ist, den Taschendieb, der in eine leere Tasche greift (Fälle in denen sich das Objekt außer Spurweite befunden hat). Aber auch der ist der Strafe verfallen, der mit ungeladenem Gewehr schießen will, in dem Glauben, dieses sei geladen, ferner der vom Apotheker Gift verlangte, aber eine harmlose Substanz erhielt und nun damit vergiften wollte.

Nichts machte es bei der Feststellung, ob der Plan tauglich war, aus, ob dem Täter im Einzelnen eine irrige Entwicklung des Ge-

[1]) S. 178 ff.
[2]) Leitfaden S. 60.
[3]) Studien S. 20 ff. und 10 ff.

schehens vorschwebte, z. B. er wollte einen Gepanzerten töten, traf aber einen Ungepanzerten an. Gegenteil: er wollte durch einen Stoff vergiften, der durch Explosion die von ihm nicht in Erwägung gezogen war, die Tötung bewirkt. „Hier vollzieht sich die Entwicklung der Sache in völlig verschiedener Art nach Richtungen, an welche der Täter gar nicht gedacht hat. Das was der Täter wollte, war etwas anderes, und dieses andere war etwas untaugliches (kein Aequivalent)" Stud. S. 29. Wachenfeld [1]) verteidigt das Kriterium der Tauglichkeit des Planes mit der Begründung, so lange der Plan bestehe, bestehe auch die „Möglichkeit einer wirksamen Realisierung desselben". Es kommt danach nicht darauf an, ob der für schwimmunkundig gehaltene, ins Wasser Geworfene gerade zufällig ein guter Schwimmer war. Ob versehentlich ein unschädliches Mittel gereicht wurde usw. Dagegen ist der Strafe nicht verfallen wer „eine harmlose Kausalkette" plant, z. B. wer Zucker für Gift hielt. „Bleibt der Täter bei Benutzung solcher Mittel, so richtet er keinen Schaden an". Eine Bestrafung ist nach Wachenfeld deshalb abzulehnen, weil Strafe und Sicherheitsmaßregeln, die in solchen Fällen allein in Frage kämen, nicht verwechselt werden dürfen. Zu den Handlungen die nicht bestraft werden können wegen der fehlenden strafrechtlichen Relevanz, kommen noch die, die keinen Versuch darstellen, weil das für den Versuch notwendige Erfordernis eines Angriffs auf ein fremdes Rechtsgut nicht vorliege. Straflos sei hiernach, wer den eigenen Mantel „stiehlt" und wer eine Leiche „ermorden" will. Es begehe auch keinen Abtreibungsversuch das Frauenzimmer, das nicht schwanger ist, auch wenn es sich für schwanger hielt; die Mutter, die ihr tot geborenes Kind zu töten glaubt, begehe keinen Versuch der Kindstötung, „weil z. Zt. ihrer Tat ein Kind im Rechtssinne überhaupt nicht existierte". Dies sind keine Fälle des untauglichen Versuchs, sondern sog. Mangel an Tatbestand. Der untaugliche Versuch setzt nach Wachenfeld den Angriff auf ein Rechtsgut voraus (S. 178) auch er ist „die Anbahnung einer Kausalkette", welcher nur hier wie bei jedem Versuch der Erfolg fehlt, der zum vollendeten Verbrechen gehört. Mangel an Tatbestand fällt nicht darunter.

Die Straflosigkeit des abergläubischen Versuchs ist nach dieser Lehre ohne weiteres gegeben, da der Plan untauglich war und auch kein Angriff vorhanden war. Besonders scharf begründet Kohler [2]) die Straflosigkeit des abergläubischen Versuchs. Der Täter wollte hier „etwas Harmloses, nämlich Totbeten, Unschädliches, etwas das wenn es auch vollständig ausgeführt wird, wie der Täter die Sache will, niemanden schädlich ist". Der Totbeter stehe, was die Gefährlichkeit des Tuns betreffe, dem gleich, der ein ungeladenes Gewehr — in Kenntnis daß es nicht geladen sei — abschießen wolle. In beiden Fällen sei nur der Wille mit „deliktuoser Färbung" vorhanden. Eine strafrechtliche Relevanz des Willens sei nicht anzunehmen; eine solche wäre nur dann gegeben, wenn eine Veränderung in der Außenwelt bezweckt sei, dergestalt, „daß sie den

[1]) S. 179.
[2]) Studien S. 10 ff.

Tod einer Person oder irgend einen anderen Schaden mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit herbeiführt." Für die Feststellung, ob diese Wahrscheinlichkeit gegeben sei oder nicht, sei der wirkliche Naturkausalismus, nicht der vom Täter geplante maßgebend.

Wachenfelds und Kohlers Ansicht führen, abgesehen davon, daß auch hier der gleiche Einwand, wie gegen Finger, Graf zu Dohna usw. gilt — der der Unfeststellbarkeit, wann eine Handlung die nicht zum Ziele führte, in der Mehrzahl der Fälle zum Erfolg zu führen geeignet ist, zu weiteren Schwierigkeiten. Wie kann man erkennen, ob die Rechtsordnung gefährdet war, wenn nicht am Angriff des Täters, der sich gegen ein Rechtsgut richtete? Man käme also zu dem sonderbaren Ergebnis des Schutzes der Rechtsordnung vor Angriffen die kein Rechtsgut belästigen. Gegen Wachenfelds Begriff einer abstrakten Gefährlichkeit wendet Köhler[1]) mit Recht ein, daß ein Kriterium für die Feststellbarkeit, wann denn eine Handlung ungefährlich ist, fehlt. „Je nach dem generalisierten Merkmal erklärt der Beurteiler eine Handlung bald für ganz ungefährlich, bald für sehr gefährlich". Kohlers Theorie führt oft zur Prämierung der Dummheit in Fällen gleicher Bosheit, denn da die Vorstellung des Täters von dem Gang der Ereignisse maßgebend sein soll für die Strafbarkeit, so wird der belohnt, der nicht fähig ist, sich eine bestimmte Kausalität vorzustellen, der, der dies kann dagegen bestraft. Es wird also der straflos belassen, der den X vergiften will und das angewendete Präparat tötet den X durch Explosion; dagegen wird bestraft, wer weiß, daß das Präparat sowohl vergiften kann, als auch durch Explosion den Tod herbeiführen. An Unrechtsgehalt dürfte jedoch auf beiden Seiten kein Unterschied sein.

Einige Beispiele, die zeigen, an welchen Widersprüchen Kohlers Theorie scheitert, sind bei Köhler (S. 462) angeführt: „Straflos wäre, wer glaubt, die Türe eines Kassenschrankes durch Umwerfen aus den Fugen bringen zu können, strafbar wäre dagegen, wer Zucker oder einen harmlosen Farbstoff in dem Glauben gibt, Zucker oder der Farbstoff sei ein Giftstoff". Auch mit den Beispielsfällen, die Kohler selbst bringt, sind wir nicht durchwegs einverstanden. Richtig ist bei Kohler die Straflosigkeit des abergläubischen Versuchs; in dem Schuß in ein leeres Zimmer auf einen Toten können wir jedoch keinen Mordversuch erblicken, ebenso keinen Abtreibungsversuch, wenn eine Nichtschwangere ein Abortivmittel verwendete. Auch wer dem Todfeind Zucker in den Kaffe schüttet, weil er ihn versehentlich für Gift hält, hat wie in allen diesen Fällen zwar zweifellos eine schwarze Seele, doch fehlt es an einer rechtswidrigen Handlung. Wachenfelds Vorschläge dagegen sind meistens zutreffend.

Klee[2]) verlangt im Gegensatz zu Kohler, Frank usw. und in Anlehnung an von uns erwähnte objektive Lehren für die Bestrafung des Versuchs wieder eine Gefährdung eines Rechtsguts und stellt sich damit auch im bewußten Gegensatz zu der Ansicht, die das Reichsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung Bd. I S. 439

[1]) Strafr. a. T. S. 462, 463.
[2]) S. 32, 40.

aufstellte: Es sei, wenn eine Handlung außer Stande war, in concreto das Rechtsgut zu verletzen, dieses durch die Handlung objektiv nie gefährdet gewesen. Nach Klee ist also nicht die Rechtsordnung in abstracto durch die Versuchshandlung gefährdet, sondern das Rechtsgut: Leib, Leben, Eigentum, Freiheit usw. und die Rechtsordnung nur insoweit, als sie an der Nichtgefährdung eines Rechtsguts interessiert ist.[1]) Im übrigen setzt auch nach Klee die Strafbarkeit der Versuchshandlung einen tauglichen Plan voraus (S. 39). Die Strafbarkeit des Versuchs mit Mitteln des Aberglaubens lehnt er aus ähnlichen Gründen wie Kohler ab. Es sei kein kriminell in Betracht kommender Wille vorhanden, wie auch in anderen Fällen des untauglichen Versuchs, in denen nach allgemeiner Erfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge niemals ein Erfolg eintreten konnte.

Strafbar ist nach Klee der Giftmischer, der im letzten Augenblick Zucker statt Arsenik verwendet, auch der Dieb, der in die leere Tasche greift — hier sei die Eigentumssphäre als solche gefährdet und nicht das Portemonnaie —. Klee trifft damit, daß er wieder das gefährdete Rechtsgut in den Vordergrund rückt, das Richtige, da die Strafgesetze doch lediglich den Schutz der Rechtsgüter, nicht den der Rechtsordnung als solchen bezwecken. Der Rechtsordnung in abstracto kann man nichts anhaben und ihr will auch der Täter nichts anhaben. Doch tritt uns auch bei Klee, insofern er eine Tauglichkeit des Planes über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs entscheiden läßt, die Schwierigkeit entgegen, gewisse feste Kriterien aufzustellen, nach denen sich die Bestimmung dieser Tauglichkeit richten soll.

Bei den bisher angeführten Vertretern der vermittelnden Anschauungen, die alle mehr oder minder die Strafbarkeit des Versuchs auf die Tauglichkeit des Planes abstellten, erfährt, wie teilweise z. B. bei Kohler ersichtlich war, die Untauglichkeit des Objekts, bezw. das Fehlen eines Objekts, eine verschiedene Berücksichtigung.

Finger[2]) will den sogen. Versuch am nichtexistierenden Objekte straflos lassen, „wenn nach den z. Zt. der Vornahme der Tat dem Täter bekannten Umständen die Existenz des Objektes ausgeschlossen ist". Graf zu Dohna[3]) sieht in den meisten Fällen des Versuchs am untauglichen Objekte einen Mangel am Tatbestand, außer wenn das Objekt existierte, aber an der Stelle, an der der Angriff erfolgte, nicht vorhanden war — Schuß ins leere Zimmer, das derjenige, den der Schuß treffen sollte, gerade verlassen hatte. — Aehnlich Frank.[4]) Befindet sich das Objekt an anderer Stelle, als dort wo es der Täter vermutet, so liegt lediglich Untauglichkeit des Mittels vor, daher ist Bestrafung geboten. Nach Wachenfeld[5]) ist es dagegen ohne Bedeutung, ob die Untauglichkeit der Tat im Mittel oder im Objekte ihren Grund hat, da beide gleichwertige Rollen

[1]) S. 13 ff.
[2]) Lehrbuch S. 304.
[3]) M. a. T. S. 66.
[4]) Komm. § 43 III a. E.
[5]) S. 180.

inne haben.[1]) Eine Bestrafung des Versuchs am untauglichen Objekte hält Klee deshalb für unrichtig, weil eine solche einer Willensstrafe gleichkäme und dieses Argument halten auch wir für durchschlagend, denn man kann von einer solchen Handlung nicht mehr sagen, sie sei in der Ausführung stecken geblieben. Hier fehlt das leidende, das angegriffene Objekt und ein solches ist auch in den Strafdrohungen zu erkennen. Darum ist hier kein Versuch möglich.

Damit haben wir auch unsere Stellungnahme nicht nur zur Frage des Versuchs am untauglichen Objekte, vielmehr zur Frage des untauglichen Versuchs überhaupt angedeutet. Die Norm die neben der Strafdrohung steht, verbietet den Menschen, zu töten, zu stehlen, zu verletzen usw. Die Norm ist aber bereits übertreten, wenn die Tätigkeit beginnt, die zum Erfolge führt; wenn bereits ein rechtswidriger Angriff vorliegt; wenn die Handlung bereits den Boden des Rechtswidrigen in der Richtung auf den gewollten Erfolg betreten hat.[2]) Um eine solche Rechtswidrigkeit einen solchen Widerspruch zur Rechtsordnung handelt es sich mit Köhler[3]) u. Beling,[4]) wenn zwar keine Handlung vorliegt, die genau u. in allen Beziehungen dem gesetzl. Tatbestande entspricht, dem die Grundstrafdrohung gilt (Vollendung), die aber trotzdem die Signatur der Tat derart in sich trägt, daß an dem Tatbestande lediglich die Endtatsache, der Erfolg fehlt. De lege lata rechtfertigt der Gesetzestext diese Ansicht am besten. Wir bekommen daraus wertvolle Anhaltspunkte dafür, welche Fälle des sog. untauglichen Versuchs straflos zu bleiben haben. Nach Beling (S. 86) liegt in den Fällen, in denen „dasjenige Milieu fehlt, das laut Inhalt des betreffenden Tatbestandes erforderlich ist" ein Mangel am Tatbestande im engeren Sinne vor.[5]) Z. B. der Täter hat nicht „während eines gegen das deutsche Reich ausgebrochenen Krieges" nach § 88 R.St.G.B. in der feindlichen Kriegsmacht Dienste genommen usw. Derjenige der „die der Post anvertrauten Briefe oder Pakete in anderen, als dem im Gesetz vorgesehenen Fällen eröffnet oder unterdrückt", (§ 354 R.St.G.B.) ist nicht Postbeamter; die weggenommene Sache war keine fremde (§ 242 R.St.G.B.) In diesen Fällen liegt nach dieser Ansicht ein Wahnverbrechen vor. Auch der Versuch am absolut untauglichen Objekt und mit absolut untauglichen Mitteln (die vorbezeichneten Fälle rechnet Beling nicht hierher) scheidet als Nichtversuch, als Mangel am Tatbestand aus. Straflos ist der Schuß auf einen Weidenstumpf, den der Täter für einen Menschen hielt und die Verwendung einer Arznei als vermeintlichen Abtreibungsmittels (S. 87). Absolut untauglich hält Beling (S. 88) „die Handlungen, hinsichtlich deren ein Beurteiler im Augenblick ihrer Vornahme bei Zugrundelegung aller damals gegebenen Lebenskonkreta und des allgemeinen Erfahrungswissens ein Unmöglichkeitsurteil des Inhalts fällen kann, daß sie, mag

[1]) So auch nach Kohler Studien S. 31, 32.
[2]) Vgl. Köhler Reformfragen S. 51: „falls die Versuchshandlung bereits einen verbotenen Durchgangspunkt bildet für den im Einzelfall vorgestellten Erfolg."
[3]) Strafr. a. T. S. 46.
[4]) Grundz. S. 85.
[5]) Im weiteren Sinne ist auch der Versuch als solcher ein Mangel am Tatbestand. Das unvollständige Vorliegen der Tatbestandselemente in einem konkreten Falle ist Mangel am Tatbestand. Vgl. Lehre vom Verbr. S. 328.

nachher kommen was will, den Tatbestand nicht erfüllen können". [1]) „Man hat sich" wie Beling in seiner Methodik ausführt [2]) „einen Zuschauer zu denken, dem zwar wie allen Menschen, der Blick in die Zukunft verschleiert ist, der aber die gegenwärtige Sachlage richtig und vollständig kennt. Wenn ein solcher fiktiver Zuschauer die Besorgnis hegen würde, die Handlung könne erfahrungsgemäß bis zu dem Tatbestandsende fortschreiten, dann ist Versuch gegeben. Dann ist ja auch die Handlung rechtswidrig, würde doch kein Zweifel darin bestehen, daß ein Polizeibeamter sie verhindern müßte, daß Notwehr gegen sie statthaft ist". Beling zieht des weiteren aus diesen Gedanken den Schluß, daß auch Fälle des sog. absolut untauglichen Versuchs damit der Strafe verfallen können, z. B. wenn bei dem Schuß auf eine Leiche sich tatsächlich ein lebender Mensch im Schußbereich befunden hat. In Wahrheit handelt es sich jedoch hier um 2 Objekte, ein untaugliches, (die Leiche) und ein taugliches (lebender Mensch), dessen Tötung der Vorsatz des Täters nicht umfaßte. In sonstigem können wir Belings Ausführungen nur unterstreichen. Was uns hier vor allem interessiert, die Frage des untauglichen Versuchs (untaugliches Subjekt, Objekt, Mittel) ist in klarer und einwandfreier Weise gelöst. Ohne die Strafbarkeit nach relativer oder absoluter Untauglichkeit (genereller oder konkreter) festsetzen zu müssen, welche Unterscheidung wir abgelehnt haben, gibt uns das Postulat einer rechtswidrigen Handlung die zur Notwehr berechtigen würde ein sicheres Kriterium in die Hand, Versuch von „Nichtversuch" maßgebend zu unterscheiden. Dieses Postulat entspricht auch dem Empfinden weitester Kreise, die doch lediglich auf eine rechtswidrige Handlung reagieren. Diese stellen nicht Berechnungen an, wenn jemand ein Streichholz an eine Felswand hält in dem Glauben, seines Nachbarn Haus anzuzünden, ob die Handlung generell zum Erfolge führen konnte, wenn gewisse Umstände, die nicht vorhanden sind, vorhanden gewesen wären; sie betrachten vielmehr die Handlung so wie sie ist. Die Wirklichkeit hat auch der Gesetzgeber zu berücksichtigen. Nur wenn bereits in der Art der Handlung der böse Vorsatz seinen Ausdruck gefunden hat, insoferne die Handlung selbst bereits rechtswidrig erscheint und man in ihr den bösen Willen erkennt, kann man von einer Berechtigung der Strafe sprechen; denn auch die Versuchsstrafe ist Vergeltungsstrafe. Würde die Strafe reinen Präventivmaßnahmen weichen, so bräuchte man allerdings keine rechtswidrige Handlung mehr. Aber auch ein Vertreter der Vergeltungsstrafe hat in manchen Fällen nichts dagegen einzuwenden, daß Handlungen, die mangels Rechtswidrigkeit de lege lata nicht gestraft werden können, weil sie kein tatbestandsmäßiges Unrecht erkennen lassen, auf andere Weise geahndet werden, sei es, daß der Täter in Schutzaufsicht genommen wird, sei es, daß er

[1]) Vgl. Einwand bei Köhler Strafr. a. T. S. 464 N. 1, daß auch der Diebesgriff in die leere Tasche straflos ist. Dieser Einwand fällt jedoch im Zusammenhang mit dem folgenden Satz aus der Methodik, wonach unter Kennen der Versuchslage nur notwendig sein kann, daß der Zuschauer die Handlung als Diebesgriff erkennt, nicht auch daß er die jedem Beobachter verborgenen Momente kenne.

[2]) Methodik S. 88.

sonstwie von einem der Allgemeinheit schädlichen Verhalten abgehalten wird.

Vom Standpunkte der Vergeltungsstrafe ist unsere Auffassung der untauglichen Versuchshandlung umsomehr berechtigt, als bei denjenigen Aeußerungen eines bösen Willens, deren Straflosigkeit nach unserer Theorie allenfalls zu bedenken Anlaß geben könnte, z. B. der Schuß auf einen Toten oder in ein leeres Zimmer, in dem der Täter sein Opfer vermutete meist nicht völlig straflos bleiben, da sie wenn auch nicht den geplanten,, so doch bereits irgend einen tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklichen, sei es, daß der Täter wegen vollendeter Sachbeschädigung, Hausfriedensbruchs, unerlaubten Schießens usw. schon der Strafe verfällt. Man kann also hier strenggenommen, nicht von einer rechtmäßigen Handlung mehr sprechen, aber gerade das Hinwegsehen über diese Tatsache dürfte vielfach ein Grund sein, warum die subjektive Theorie so viele Anhänger gefunden hat. Hätte der Gesetzgeber das Bedürfnis empfunden die hier erörterten Fragen anders zu erledigen, so wäre es ihm leicht gewesen, einfach einige Tatbestände z. B. Bedrohung so auszubauen, daß auch z. B. „ein Losknallen einer ungeladenen Schußwaffe" wie Beling sagt, oder einer geladenen Schußwaffe, wenn sich jedoch niemand — der Täter vermutet einen Menschen in der Nähe — im Schußbereich befunden hat, noch unter Strafe gestellt worden wäre. Vgl. Beling Methodik S. 90. Dann könnte man auch eine solche, bisher etwa rechtlich gleichgültige Handlung, an Hand des neuen Tatbestandes als Unrecht bezeichnen und dem Strafzweck wäre nicht geschadet. Richard Schmidt teilt die hier gegebene Auffassung[1]) Er betrachtet den ungefährlichen Versuch als „ein der Rechtsgüterwelt zwar nicht unbedrohliches, aber nur aus der Ferne bedrohliches Verhalten, das in der Regel straflos bleiben solle". „Für gewisse typische Betätigungen einer gefährlichen Gesinnung, z. B. wenn jemand (S. 137, 138) auf einen Baumstumpf schießt, den er für einen Menschen hält oder in ein leeres Bett, worin er ebenfalls jemand vermutet, „insbesondere für die Bedrohung besonders wertvoller oder wichtiger Rechtsgüter" schlägt Schmidt vor „ausdrückliche Strafvorschriften als Ausnahmeerscheinung zu erlassen", dies im Interesse der Sicherheit der Rechtsprechung. Da jedoch in der Praxis selten und dann nur bei einem bestimmten Kreis von Delikten untaugliche Versuchshandlungen vorkämen, so seien nur eine kleine Anzahl spezieller Tatbestände des besonders häufigen ungefährlichen Versuchs zu delicta sui generis zu erheben. Z. B. bei Tötung, Vergiftung, Abtreibung, Diebstahl, Betrug, Unternehmen der Verleitung zum Meineid usw. Köhler[2]) geht nicht so weit, er hält dann, wenn ausnahmsweise „eine für erhebliche Rechtsgüter gefährliche Gesinnung in einer objektiv ganz rechtmäßigen Handlung sich dokumentiert" lediglich „statt einer Bestrafung für nicht begangenes Unrecht" eine "Verwahrung gemeingefährlicher Personen am Platze. Doch haben wir selbst nichts dagegen einzuwenden, wenn bisher als Nicht-Unrecht anzusehende Handlungen infolge Aenderung

[1]) S. 141, 142.

[2]) Studien S. 31.

des Empfindens der Mehrheit des Volkes als strafbares Unrecht mit Strafe belegt werden, nicht nur durch Sicherungsmaßnahmen bekämpft werden.

Die Lehre, die gewisse Versuchshandlungen, die von der Mehrzahl der Kriminalisten als absolut untaugliche bezeichnet werden, als straflosen Mangel a. T. betrachtet, hat in der Literatur zahlreiche Anhänger gefunden. Namentlich sind außer Köhler [1]) und Beling, Frank, [2]) Allfeld, [3]) Binding, [4]) Wachenfeld, [5]) Gerland, [6]) dem Resultat nach auch z. T. M. E. Mayer [7]) zu nennen. Größtenteils gehen sie davon aus, daß, wie auch wir annehmen, der Versuch im Gegensatz zur Vorbereitungshandlung bereits einen rechtswidrigen Angriff auf ein Rechtsgut darstellt. [8]) Des weiteren schließen sie eine große Zahl von Handlungen von der Strafbarkeit aus, da bei ihnen entweder wegen nichtexistierender Objekte oder wegen Fehlens gewisser Tatumstände von vornherein kein rechtswidriger Angriff möglich ist, aber auch der sog. Versuch mit absolut untauglichen Mitteln fällt bei einigen darunter, z. B. Abtreibungsversuch mit völlig gleichgültigem Mittel. Die im Resultat ungefähr gleichkommenden Ansichten sind im einzelnen:

Nach Köhler scheiden alle als Versuch gedachten Handlungen als straflos aus, wenn bei ihnen „die im Einzelfalle erforderlichen Merkmale für das Zustandebringen eines rechtswidrigen Angriffs nicht alle gegeben sind". Köhler spricht bei ihnen von sog. Mangel a. T. — er sieht jedoch offenbar den Versuchsbegriff auch für den straflosen Mangel a. T. als Oberbegriff an. [9]) — Straflos ist demnach der Abtreibungsversuch mit untauglichen Mitteln (Tee) wie auch an einer Nichtschwangeren, die Wegnahme der für fremd gehaltenen eigenen Sache, der Schuß auf die Leiche usw. Strafbar sind dagegen der Diebesgriff in eine leere Tasche — das Opfer ist dadurch gegenwärtig angegriffen — das Anfertigen einer falschen Urkunde, wenn dabei wesentliche Merkmale noch übersehen sind, der Abtreibungsversuch mit Mitteln, die das Leben des Foetus bedrohen, der „Raubanfall eines körperlichen zu Schwachen auf einen Baumstarken, ausgeführt in ungefährlicher Weise, aber doch so, daß ein echter Angriff zustande kam".

Aus den letzten Beispielen sehen wir deutlich, daß diese Theorie bereits Handlungen unter Strafe stellt, die vom Standpunkte einer reinen objektiven Lehre straflos sein müßten. Aber gerade der Begriff des Angriffs läßt es nicht als unbedingt notwendig erscheinen, daß das angegriffene Objekt durch geeignete Handlungen bedroht ist. Rechtswidrig kann ein Angriff sehr wohl schon sein, wenn er nach der Lage der Sache auch ungefährlich war, denn auch wenn

---

1) Strafr. a. T. S. 464, Studien S. 31.
2) Komm. § 43 I.
3) S. 195 ff.
4) Normen 2 S. 798.
5) S. 178 zu N. 2.
6) Reichsstrafrecht S. 133 ff.
7) Strafr. a. T. S. 360, 362.
8) Vgl. Schötensack der Verbr. Versuch S. 400, Kohlrausch in Reform S. 99.
9) Vg. M. E. Mayer Strafr. a. T. S. 364, 366.

man einen Schwimmunkundigen ins Wasser wirft, um ihn zu ertränken, wird niemand daran zweifeln, daß ein Eingriff in die Rechtssphäre des Angegriffenen vorlag; ein Polizeibeamter, oder ein dritter, der dies beobachtet, wird, wenn er die Absicht des Täters noch unterbinden kann, nicht danach fragen, ob das Angriffsobjekt tatsächlich gefährdet werden konnte, aber auch der Angegriffene ist jederzeit zur Notwehr befugt. Wir sehen also, daß die in Literatur und Praxis so heiß umstrittenen Fragen auf einfache und doch allgemein entsprechende Weise bereits de lege lata beantworten lassen. Die Bezeichnung Mangel a. T., die auch Köhler S. 39 nicht billigt, kann ohne weiteres vermieden werden. Es handelt sich nur darum, tatbestandsmäßiges Unrecht vom Nichtunrecht auf die vorgeschlagene Weise zu sondieren, hiebei leistet der zu Mißverständnissen führende Ausdruck keine Dienste.

Auch Franks Formulierung, strafbarer Versuch liegt vor „wenn beim Eintreten des zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden äußeren Ereignisses das Delikt vollendet wäre" kommt unserer Auffassung im wesentlichen gleich, soweit eine Untauglichkeit des Objekts in Frage steht. Hier nimmt Frank einen straflosen Mangel a. T. an. In der Frage der Bestrafung des Versuchs mit absolut untauglichen Mitteln vertritt Frank die bereits an anderer Stelle dargetane Ansicht des Vorliegenmüssens eines untauglichen Planes.[1]) Diese Unterscheidung von Objekt und Mitteln in der Art wie sie Frank vornimmt billigen wir nicht, da sie zu Unklarheiten Anlaß geben kann. Ist, um das von Köhler angeführte Beispiel anzuführen, der Baumstarke ein untaugliches Objekt des Angriffs seitens der körperlich Schwachen — wir würden es bejahen wenn es sich lediglich um die Messung der Körperkräfte handelt, dagegen verneinen, wenn der Angriff auf andere Weise erfolgt, z. B. wie Schußwaffe — oder liegt nur ein untaugliches Mittel vor? (Die geringen Körperkräfte). Im ersten Falle könnte man also zur Straflosigkeit kommen, im zweiten Falle würde man an Hand der Darstellungen Franks[2]) die Strafbarkeit bejahen. Den Gedanken es müsse beim strafbaren Versuch von einem Angegriffen-sein im Sinne der Notwehr gesprochen werden können, (V.D.A. V S. 188) hat Frank in seinem Komm. nicht mehr hervorgehoben.

Allfeld geht ähnlich vor. Er eximiert ebenfalls vom strafbaren Versuch die Fälle, in denen es an einem Merkmale des Tatbestandes insbesondere an einem geeigneten Objekte des Angriffs fehlt, wenn ein Mangel im Tatbestand vorliegt, da es an einem Anfang der Ausführung fehlt. Aber auch Allfeld will Mittel und Objekt verschieden behandeln. Bei ungeeignetem Objekte nimmt er straflosen Mangel im Tatbestande an, bei ungeeigneten Mitteln degegen strafbaren Versuch. Ein absolut untaugliches Mittel kennt er nicht. Nicht zum Mangel im Tatbestand rechnet er „wenn der betreffende Gegenstand durch eine besondere Vorkehrung gegen die Verletzung geschützt ist oder wenn er sich nicht an dieser Stelle befindet, wo der Angriff ihn treffen soll".

---

[1]) S. Frank V. D. A. V. S. 254, 255 und Gerland Reichsstrafrecht S. 137.
[2]) Komm. § 43 III.

Nicht zum strafbaren Versuch rechnet er den Versuch mit Mitteln des Aberglaubens oder den Angriff „der für einen naturgemäßen ursächlichen Verlauf überhaupt nicht in Betracht kommen kann". Ebenso liegt nach seiner Darlegung lediglich Mangel im Tatbestand vor, wenn das Gesetz wie in § 229 R.St.G.B. ein bestimmtes Mittel vorschreibt, jedoch ein anderes Mittel verwendet wird.

Zwar kommt Allfeld in der Hauptsache zu demselben Ergebnisse in der Frage der Bestrafung des untauglichen Versuchs, wie wir, doch dies auf viel umständlicherem Wege. Vgl. auch unseren Einwand gegen Frank bezüglich der Trennung von Objekt und Mitteln. Die Straflosigkeit des Versuchs mit metaphysischen Mitteln begründet Allfeld auch in unserem Sinne. [1]) „Das Strafrecht verbietet nicht die Anrufung einer übersinnlichen Kausalität, da deren wirkliches Walten ja doch sinnlicher Feststellung in jedem Falle entzogen wäre. Es fehlt hier an einer Rechtswidrigkeit, einem Unrechte, da der Vorsatz fehlt. [2])

Den Gedanken, vom Versuch gewisse Handlungen als Mangel a. T. zu sondern, finden wir vor allem noch bei Gerland, der mit Allfeld die Ansicht teilt, daß nur die Fälle des absolut untauglichen Versuchs als Mangel a. T. oder was nach Gerland das gleiche ist als Putativ- oder Wahnverbrechen straflos zu bleiben haben. „Die Einbildung des Täters vermag" wie Gerland zutreffend bemerkt, „die Nichtrechtswidrigkeit des Handelns in Rechtswidrigkeit nicht umzugestalten". Einen Mangel a. T. nimmt Gerland bei Vorliegen „untauglicher Mittel" nicht an, da auch bei Anwendung ungefährlicher Mittel mit Ausnahme der Sympathiemittel die Versuchshandlung tatbestandsmäßig sei. Die Gefährlichkeit der Handlung sei kein Tatbestandsmerkmal der Versuchshandlung. Gerland muß also auf diese Weise den strafen, der Arznei in das Glas schüttet, um zu vergiften. Daß dies zu weit geht, dürfte von einem „denkenden Objektivisten" wie Beling sagt nicht bestritten werden. Zwar haben auch wir festgestellt, daß in einigen Fällen des Versuchs mit ungefährlichen Mitteln Strafbarkeit einzutreten hat, doch nur, weil hier noch ein rechtswidriger Angriff im Sinne der Notwehr festgestellt werden konnte. Wir ändern Gerlands Satz dahin ab, auch der ungefährliche Versuch kann tatbestandsmäßig sein, muß es aber nicht. Die Gefährlichkeit ist zwar kein Tatbestandsmerkmal der Versuchshandlung, doch ist sie für die Feststellung von Bedeutung, ob noch ein rechtswidriger Angriff in concreto erblickt werden kann. Der rechtswidrige Angriff, nicht die objektive Gefährlichkeit des Angriffs begründet die Unrechtsfolge, die Strafe. Es ist doch ein Unterschied, ob die Schwangere um abzutreiben Tee trinkt und Kuchen ißt (hier ist die Handlung weder rechtswidrig noch gefährlich) oder ob der Räuber einen weit Stärkeren oder einen Meisterboxer knebeln will, (hier ist die Handlung zwar total ungefährlich, jedoch rechtswidrig, ebenso wenn man einen Hungerkünstler durch einwöchiges Hungern dem Tode preiszugeben glaubt).

---

[1]) Köhler Strafr. a. T. S. 271, 465.

[2]) Vgl. Frank Komm. § 43 III und § 59 IX.

Nicht einen Mangel a. T. sondern ein Putativdelikt nehmen Binding [1]) Oetker [2]) und Wachenfeld [3]) an, soweit sie, wie wir gewisse Handlungen von der Bestrafung als Versuch ausschließen. Bindings Lehre wurde z. T. bereits a. a. O. angeführt. Er legt wie wir besonderen Wert auf das Vorliegen eines objektiven Deliktstatbestandes. [4]) De lege lata ist, wie Binding betont die Bestrafung des Versuchs am untauglichen Objekte als Wahnverbrechen ausgeschlossen. Des weiteren ist auch er für die von uns bereits abgelehnte generelle Straflosigkeit untauglicher Versuchshandlungen. Folgende Sätze [5]) kennzeichnen seine Stellungnahme: „Daß der Wille in zurechenbarer Weise den objektiven Tatbestand der Rechtsverletzung gesetzt hat, das allein macht ihn zur Schuld, das allein macht seinen Träger strafbar. Diese Wahrheit predigt unser ganzes geltendes Strafrecht und ihm widerspricht in gleichem Maße die Bestrafung des Wahndeliktes, wie des untauglichen Versuchs, die beide nicht wesentlich verschieden sind, da beide die gleiche schlechte Gesinnung beweisen, beide aber gleichmäßig der rechtswidrigen Tat, also auch der deren Quelle, der Schuld ermangeln".

Oetkers Lehre weist einige Besonderheiten auf. er glaubt absolute, relative und konkrete Untauglichkeit beim Objekte und relative und konkrete Untauglichkeit bei den Mitteln feststellen zu können [6]) und zwar ist das Objekt erstens absolut und konkret untauglich, wenn es unempfänglich ist für alle denkbaren Mittel, zweitens relativ und konkret untauglich, wenn es nur für eine bestimmte Kategorie von Mitteln unempfänglich ist, drittens konkret untauglich wenn es nur für ein bestimmtes einzelnes Mittel unempfänglich ist. Das Objekt ist in den beiden ersten Fällen relativ und konkret untauglich, im letzten Falle nur konkret untauglich. Dem absolut oder relativ untauglichen Objekte steht das nichtexistierende Objekt gleich.

Von den angeführten Fällen soll nur der konkret untaugliche Versuch bestraft werden können. In den übrigen Fällen liegt ein Scheindelikt vor. [7]) „Das Handlungsobjekt ist zum Verbrechen absolut untauglich, wenn in ihm das Rechtsgut nicht verletzt werden kann, sei es, daß die Handlung, wie sie zum Verbrechensbegriffe erforderlich ist, an ihm unmöglich ist, (Tötung am Leichnam) sei es, daß diese Handlung eine Verletzung des Rechtsgutes nicht ergibt (Beischlaf mit der Nichtschwester die für die Schwester gehalten wurde)". Hier erwähnt also Oetker Fälle die wir als Nichtversuch ebenfalls d. l. l. nicht bestrafen würden. Die weitgehende Straflosigkeit bei Anwendung untauglicher Mittel begründet Oetker damit, daß nur ein wirkliches Schutzbedürfnis den Normerlaß legitimiere. Vor qualitativ untauglichen Mitteln sei kein Objekt in Schutz zu nehmen, nur bei Anwendung quantitativ untauglicher Mittel sei dies notwendig. Geradezu lächerliche Ergebnisse billigt Oetker vom

[1]) Normen III S. 484 ff. und G. S. 85 S. 177 ff.
[2]) G. S. 88 S. 97.
[3]) S. 158
[4]) Normen II S. 798.
[5]) Normen II S. 800.
[6]) Z. Str. W. 17 S. 55 ff.
[7]) Vgl. Rohland Gefahr S. 80 ff. S. 99.

Standpunkte seiner Lehre. Bei dem Griff in die leere Tasche bleibt der Täter straflos. Will der Täter die Uhr des X stehlen, so käme es darauf an, ob der X tatsächlich eine Uhr hatte.[1]) Dies dürfte aber oft gar nicht feststellbar sein. Der X weiß es oft vielleicht selbst nicht, es kann z. B. sein, daß er nicht weiß, ob er seine einzige Uhr verlegt oder ob er sie verloren hat und das Eigentumsrechtes gegenüber dem ehrlichen Finder verlustig gegangen ist. Aenlich ist das Beispiel, daß jemand Wertpapier stehlen will, findet aber den Geldschrank leer. Jeder Geldschrankbesitzer würde sich schönstens bedanken, wenn er aus der Annahme eines Diebstahles heraus den „vermeintlichen" Dieb nich abhalten dürfte im Geldschrank nach Wertpapieren zu suchen. Wir haben hier vielmehr ein passendes Beispiel eines rechtswidrigen Angriffs auf die Eigentumssphäre (so auch Klee) also auch strafbaren Versuch. Dies erkennt Oetker nur de lege ferenda an, indem er empfiehlt den „Versuch" des Einbruchs, des Taschendiebstahls usw. bei fehlendem Objekte wegen der Gefährlichkeit des Täters als delictum sui generis zu strafen. Ist nach Oetker ferner nicht der vorgestellte Kausalverlauf eingetreten, denn dieser war unmöglich, sondern ein anderer nicht vorgestellter, so bleibt der Täter wegen Fehlens eines Vorsatzes straflos. Der Zuckerkranke ist infolge des Essens von Zucker gestorben, den der Täter für Gift hielt. Dem Ergebnisse stimmen wir auch zu. Nicht brauchbar ist dagegen die Ansicht, alle Handlungen mit quantitativ untauglichen Mitteln verdienen Strafe z. B. jemand schießt mit Pistole auf den 1000 Schritt entfernten X. Richtig befolgt müßte man hier auch die Köchin strafen, die einige Korn Schwarzpulver unter das Bett ihrer Rivalin legt, im Glauben dieses genüge, um diese in die Luft zu sprengen, oder den, der noch in 10 Kilometer Entfernung mit der Pistole zu treffen glaubt. In Wirklichkeit wird ein richtiger Beurteiler der Sachlage keinen Finger rühren, um das „Verbrechen" zu verhindern.

Zusammenfassend können wir feststellen, daß unsere Ansicht der Bestrafung des untauglichen Versuchs nur, wenn ein rechtswidriger Angriff im Sinne der Notwehr vorliegt, wenn die Handlung tatbestandsmäßig, typisch genannt werden kann, in der Literatur trotz einiger Widersprüche bereits festen Boden gefaßt hat, sei es, daß sowohl Handlungen am untauglichen Objekte als auch solche mit untauglichen Mitteln unter den sog. Mangel a. T. fallen können,[2]) sei es, daß lediglich Handlungen am untauglichen Objekte als Mangel am Tatbestand oder als Wahnverbrechen nicht unter Strafe fallen. M. E. Mayers Auffassung unterscheidet sich dadurch von den bereits erörterten, daß er den Ausdruck Mangel a. T. für die straffreien Handlungen nicht gelten läßt und hier Versuch mit mangelnder Rechtswidrigkeit annimmt, da nicht der Versuchserfolg, sondern dessen Rechtswidrigkeit fehle. Auch M. E. Mayer stellt das Erfordernis eines rechtswidrigen Angriffs für den Versuch auf (S. 347) doch kommt er zu falschen Ergebnissen, hauptsächlich dadurch, daß er

[1]) Wie Strafr. a. T. S. 360, 362. Mayer.

[2]) Vgl. Köhler Strafr. a. T. S. 464, 465, Beling Lehre vom Verbrechen S. 228, 230, E. M. Mayer Strafr. a. T. S. 359.

das anderswo befindliche Objekt als taugliches betrachtet im Gegensatz zum nichtexistierenden.[1])

II. Abschnitt.

Der Versuch mit metaphysischen Mitteln.

Da die verschiedenen Auffassungen über das Wesen des abergläubischen Versuchs und seine Bestrafung mit der Frage über Wesen und Bestrafung des sog. untauglichen Versuchs innig verknüpft sind, haben wir bereits in den vorigen Kapiteln darauf aufmerksam gemacht. Der Großteil der Kriminalisten will diese Art des Versuchs straflos lassen. Teils wurde ihm die Eigenschaft abgesprochen Versuch oder rechtswidriger Versuch zu sein, da es an einem entsprechenden Vorsatz an einem kriminell in Betracht kommenden Vorsatz fehle.[2]) So seitens der Mehrzahl der Subjektivisten mit Einschluß des Reichsgerichts und den Vertretern der gemischten Theorien. Diese Ansicht halten auch wir als die richtige. Wo der Vorsatz fehlt, eine Handlung irdischer Kausalität zu begehen,[3]) da liegt keine Rechtswidrigkeit, kein Unrecht vor. — Teils wurde er für straflos erklärt wegen seiner juristischen Qualifikation als versuchte Anstiftung Gottes. Dem Objektivisten macht diese Frage der Bestrafung des abergläubischen Versuchs keine Schwierigkeiten, es liegt eben ein absolut untauglicher Versuch vor, eine ungefährliche Tat, die „aus dem Mangel einer durch sie hervorgerufenen Beunruhigung der Rechtsgenossen straflos zu bleiben hat".[4])

Wenn ein Großteil der Subjektivisten die Bestrafung deshalb ablehnt, weil der verbrecherische Wille zu gering sei[5]) so entgegnen wir mit Köhler Studien (Seite 31) und M. E. Mayer: Die Tatsache, daß jemand zu Sympathiemittel greift läßt keine Schlüsse auf einen etwa geringeren verbrecherischen Willen zu. Auch vom Totbeter läßt sich mit Recht befürchten, er würde über die Untauglichkeit seines Betens belehrt, nunmehr zu tauglichen Mitteln greifen. Legt man dem objektiven Geschehen im Sinne der modernen Strafrechtschule nur symptomatische Bedeutung bei, so dürften die Anhänger dieser Schule nicht Bedenken tragen, den abergläubischen Versuch jeder anderen strafbaren Handlung, in der sich die gleiche Gesinnung äußert, gleichzustellen.

III. Abschnitt.

Der Mangel am Tatbestand und das Wahnverbrechen.

Ueber die juristische Möglichkeit einer Unterscheidung des Versuchs und Mangel am Tatbestand und über eine solche zwischen Mangel an Tatbestand und Wahnverbrechen wird lebhaft gestritten.

[1]) Dagegen Köhler Strafr. a. T. S. 464 Anm. 3.
[2]) Vgl. Frank V.D.A. V. S. 255, Komm. § 43 III, Köhler Strafr. a. T. S. 271, 465, M. E. Mayer Strafr. a. T. S. 353, 354, Gerland Reichsstrafrecht S. 137, Oetker z. Str. W. 17 S. 60, 61, E. v. Liszt (wegen Mangels objektiver Gefährlichkeit) Lammasch Moment S. 77 R.G.E. 33, 323
[3]) Vgl. Liszt Lehrb. § 47.
[4]) Overbeck S. 34, 35.
[5]) Vgl. Seuffert Mitt. I. K. V. Bd. 10 S. 464 und 480 § 1 Abs. 2.

a) Die heute herrschende Lehre trennt den Mangel am Tatbestand im engeren Sinne von Versuchsfällen. Im weiteren Sinne ist auch der Versuch M. a. T., denn auch hier fehlt das Tatbestandsmerkmal des gesetzlichen objektiven Tatbestandes. Als bahnbrechend gelten hier Frank s. Com. § 43 Abs. 1 und 3, Dohna M. a. T. S. 49: Versuch liegt dann vor, wenn vom Erfolg nur das tatbestandliche Endstück fehlt, im übrigen aber die Handlung tatbestandsmäßig ist, Mangel a. T. dann, wenn nicht der Erfolg an dem Tatbestand fehlt, sondern etwas anderes, dessen Vorliegen vom Täter ursprünglich angenommen wurde. Das tatbestandsmäßige Objekt, Subjekt oder Mittel und die vom Tatbestand vorausgesetzten örtlichen und zeitlichen Umstände. Beim Versuch versetzt sich nach anderer Ansicht der Beobachter in die Zeit der Tat, der Gegenwart, [1]) M. a. T. könne nur etwas in der Vergangenheit liegendes genannt werden. Nach Binding [2]) fehlt beim Versuch in Wahrheit nicht der Tatbestand, dieser sei nur nicht klar ausgeprägt; die Handlung stellt sich demnach als Töten, Beschädigen, ff., dar. Als Mangel am Tatbestand wird hauptsächlich der Versuch am untauglichen Objekte betrachtet, [3]) der Versuch mit sog. absolut untauglichen Mitteln von Beling. [4]) Die Unterscheidung zwischen M. a. T. und Versuch wird vielfach für unberechtigt erklärt. [5]) Es wird behauptet, da dem Versuch das Uebergewicht des Willens über das Erreichte wesentlich sei, beim M. a. T. aber der Täter nicht erreichte, was er wollte, so lasse sich nicht erkennen, worin der Unterschied bestünde. In beiden Fällen sei doch sowohl der Vorsatz auf alle Tatumstände bezogen, die zum Erfolg gehören, aber es sei auch eine Handlung vorhanden, die der Vorsatz schuf. Dem objektiven Geschehen das eine Mal Bedeutung zuzuerkennen — im Sinne der Objektivisten — nämlich beim Versuch, das andere Mal nicht, beim M. a. T. entbehre der Folgerichtigkeit, zumal, da ja der Vorsatz in allen Fällen das Ausschlaggebende sei. Beim M. a. T. würde auf das Moment des Fehlens eines Tatbestandsmerkmals Gewicht gelegt, beim Versuch nicht (hier fehlt ja der Erfolg). Aus dem Grundsatze der Gleichwertigkeit aller Tatbestandsmerkmale sei jedoch ein solcher Unterschied nicht angebracht. Es sei also gegen eine Bestrafung desjenigen, der irrtümlich die Wahrheit schwört, obwohl er einen Meineid shwören wollte, wegen Meineidsversuchs, und desjenigen, der seine eigene Sache wegnimmt, im Glauben, es sei eine fremde, wegen Diebstahlsversuchs, grundsätzlich nichts einzuwenden. Dieser Ansicht wurde entgegengehalten, es handle sich beim M. a. T. bereits um eine vollendete Tat, allerdings nicht im Sinne des Täters, [6]) die Versuchsterminologie beziehe sich also nicht darauf. Von anderer

[1]) Vgl. Natrop S. 41.
[2]) Normen III S. 428, 432.
[3]) S. Schötensack Verbrechensversuch S. 392, Frank V.D.A. V S. 147 ff. und Kommentar § 43 III, Allfeld Lehrb. S. 193.
[4]) Grundzüge S. 87 s. auch M. E. Mayer Strafr. a. T. S. 359.
[5]) So von Lammasch-Rittler S. 141, 142, Liszt Lehrb. S. 206, Delaquis S. 232, Kriegsmann S. 33 auch von Reichsgericht in ständiger Rechtssprechung, vom Standpunkt der symptomatischen Strafrechtslehre Kullmann Mon. Krim. Psych. 10. Jahrg. S. 471 ff.
[6]) Vgl. Schötensack Verbrechensversuch S. 392, Binding.

Seite wird auch die Art des Irrtums des Täters als ausschlaggebend bezeichnet. Vgl. Loeb S. 19. Beim Versuch irre sich der Täter über Zukünftiges, beim M. a. T. über etwas Gegenwärtiges.

Für uns steht es fest, daß es möglich ist, gewisse nicht rechtswidrige Handlungen als sog. M. a. T. von dem Regelfall des Versuchs zu trennen, die Möglichkeit solcher Trennung bejahen außer Frank, Beling, Dohna usw. auch Gerland,[1]) Allfeld[2]) und Köstlin.[3]) Köstlin will dabei den Unterschied irriger Weise in subjektiven Momenten finden, zum Versuch gehöre „die volle Absicht d. h. die den gesamten Tatbestand des Verbrechens umfassende Absicht"; M. a. T. dagegen erblickt er dann, wenn die Absicht nicht den vollen Begriff des Verbrechens in sich schloß. Auf der Willensseite erblicken wir jedoch die Unterscheidung nicht, gewiß liegt den meisten Fällen des Versuchs ein Irrtum über Zukünftiges, denen des Mangel a. T. immer ein Irrtum über Gegenwärtiges zugrunde, der Täter beurteilt die Situation in tatsächlicher Hinsicht falsch. Dies ist jedoch nicht von Belang. Den alleinigen Unterschied bietet uns die Tatseite. Es liegt, wenn abgesehen vom Erfolg ein Stück des Tatbestandes fehlt, entweder überhaupt keine rechtswidrige Handlung vor,[4]) oder eine Handlung mit anderem Tatbestand. Aber auch die Handlung als solche hat tatsächlich einen anderen Charakter als er der Versuchshandlung zukommt als Anfang der Ausführung eines Delikts. Ein Stich auf eine Leiche kann nie als eine solche Ausführungshandlung betrachtet werden, denn de facto liegt ja eine vollendete Tat vor, so urteilt der von keinerlei Irrtümern befangene Zuschauer. Während der Bewußtseinsinhalt des Täters der nämliche ist, ereignet sich beim Versuch in der Außenwelt weniger als beim M. a. T. Aber gerade das, was sich beim M. a. T. ereignet, ist wie z. B. auch Kohn (S. 5) betont, nichts Rechtswidriges,[5]) „da zur Verletzung einer Norm ganz bestimmte, real gegebene Voraussetzungen gehören, deren Gegebensein durch den irrigen Glauben des Täters an ihre Existenz nicht ersetzt zu werden vermag".

Streiten kann man nach unserer Ansicht allein darüber, wie weit der M. a. T. reicht, ob man alle Fälle der nichtrechtswidrigen, als Versuch geplanten Handlungen unter dem Begriff des sog. Mangel a. T. vereinen will. Gehört zur Tatbestandsmäßigkeit auch eine gewisse Tauglichkeit der Mittel? Wir bejahen dies mit Beling, M. E. Mayer und Köhler. M. a. T. in dem hier verstandenen Sinne ist allerdings ein zu enger Ausdruck, M. a. T. im weiteren Sinne würde auch den Versuch betreffen. Daher glauben wir offenbar mit Köhler und teilweise M. E. Mayer das Richtige zu treffen, wenn wir den Begriff M. a. T. auf die Fälle erstrecken, in denen kein rechtswidriger Angriff im Sinne der Notwehr mehr vorliegt. M. a. T. ist also das Nichtunrecht, das als Unrecht gedacht war; die so bezeichnete Handlung verletzt keine Norm, daher auch kein

[1]) Reichsstrafrecht S. 130.
[2]) Lehrb. S. 193 ff.
[3]) Neue Revision S. 354 ff.
[4]) Vgl. Allfeld Lehrb. S. 194 N. 22.
[5]) Kohn versteht unter M. a. T. Mangel des Subjekts, Mangel des Objekts und Mangel irgend eines anderen Tatbestandsmerkmals.

Strafgesetz. Mit dieser Ansicht soll aber die Möglichkeit einer Abgrenzung der von uns unter M. a. T verstandenen Fällen von den strafbaren Versuchsfällen, wie sie von Frank, Dohna, vorgenommen wurde, nicht vereint werden. Gewiß liegt nach Franks neuer Formulierung (§ 43 I) Versuch vor, „wenn beim Eintreten des zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden äußeren Ereignisses das Delikt vollendet wäre; andernfalls M. a. T." Wir halten dabei eben auch bei Anwendung eines Mittels, das jedermann ohne Schaden nehmen kann, die Kausalkette, auch wenn der Erfolg dazu gedacht würde, nicht geschlossen. Unsere Ansicht steht nicht im Widerspruch zur maßgebenden Formulierung des M. a. T., doch kommt es nach ihr, und das ist ihr großer Vorzug, gar nicht auf die Benennung M. a.T. an. Wir sind auch nicht genötigt, bezüglich des Versuchs mit untauglichen Mitteln eine andere Theorie zu befolgen.

b) Der M. a. T. ist nahe verwandt mit dem sog. Wahnverbrechen, von manchen Juristen wird er als Unterart des Wahnverbrechens bezeichnet[1]) u. zw. von denen, die ihn straflos lassen wollen. Im Prinzip erklärt sich auch Köhler[2]) nicht dagegen, wenn man dabei nicht aus dem Auge verliere, daß beim M. a. T. ein Irrtum über Tatumstände, beim Wahnverbrechen ein Irrtum über Strafgesetze vorliegt. Damit ist die Frage angeschnitten, was als Wahnverbrechen in der Literatur bezeichnet wird. Wie es Köhler formuliert (S. 308) liegt Wahnverbrechen vor, „wenn der Handelnde irrig die Existenz einer, sein Verhalten verbietenden Norm annimmt". Dazu gehört auch der Fall, daß jemand durch falsche Auslegung der Norm auf den Gedanken gebracht wird, er begehe eine Unrechtshandlung.[3]) Wahnverbrechen liegt vor „wenn der Handelnde seine Handlung für rechtswidrig hält, weil er an ein, ihm geltenden Recht nicht existierendes Verbot glaubt, dem seine Handlung seiner Meinung nach widerstrebt." (Beling). Der Täter ist also von einem Rechtsirrtum befangen, dem wir wie Oetker[4]) bestimmen als „Irrtum über die Widerrechtigkeit, Strafbarkeit, oder die Art und das Maß der Strafe einer widerrechtlichen und strafbaren Handlung, hervorgegangen aus der Unkenntnis der Norm, der Existenz oder des genaueren Inhalts des Strafgesetzes." Wie Kriegsmann (S. 2 und 3) erwähnt, lebt das strafrechtliche Verbot nur im Wahne des Täters. Daraus ergiebt sich seine Straflosigkeit (es fehlt am Deliktsvorsatz). Würde man hier strafen, so würde man den Wahnverbrecher zum Reformator des Strafrechts widerwillen ernennen. Klee (S. 25): beim Putativdelikt mache sich der Täter ein falsches Bild von der Rechtsordnung, Kohler (Studien S. 15), der Täter glaubte ein nichtexistierendes strafrechtliches Verbot,[5]) Hälschner (das gem. d. Strafr. S. 332) die Absicht sei auf nichts Strafrechtliches bezogen gewesen u. a. stimmen mit uns sachlich überein. Soweit der Irr-

[1]) Vgl. Frank Komm. § 59 VII, Berner S. 92, Finger Lehrb. I. Bl. S. 441, Olsh. Komm. § 59 N. 25, Oetker G. S. 93 S. 23, 24, Kohn S. 7 ff. Gerland Reichsstrafrecht S. 136.
[2]) Strafrecht a. T. S. 709.
[3]) Vgl. Beling Grundz. S. 32.
[4]) G. S. 93 S. 23.
[5]) Vgl. Binding G. S. 85 S. 250 ff. (256).

tum ein Rechtsirrtum ist, wird das Vorliegen eines straflosen Wahnverbrechens nicht bestritten,[1]) auch nicht nach symptomatischer Verbrechenslehre.[2]) Es meint z. B. Jemand das Fluchen sei strafbar. Hier liegt nach keiner Ansicht ein strafbares Unrecht vor. Erst eine Unterstellung der Fälle des Mangels a. T., speziell untauglicher Versuchsfälle unter das Wahnverbrechen gibt zu lebhafter Polemik Anlaß; wenn also auch Fälle des Tatirrtums in die Terminologie des Wahnverbrechens einbezogen werden, so seitens der subjektiven Versuchslehre.[3]) Oetker[4])rechnet dahin den sog. Versuch am absolut untauglichen Objekte, ebenso Gerland und Rohland[5]) welch letzterer den absolut untauglichen Versuch als strafloses Wahnverbrechen bezeichnet, insoweit die Untauglichkeit bloß eine zufällige ist (S. 88 ff.). Nach Kriegsmann S. 59 umschließt das Putativdelikt auch Fälle des error facti, diese ließen sich aber im Gegensatz zum untauglichen Versuch stets „auf einen Irrtum über objektives, außerhalb des Strafrechts liegendes Recht" zurückleiten. Beling bezieht auch den M. a. T. (bei ihm alle Fälle des sog. absolut untauglichen Versuchs) in den Begriff ein.[6]) (L. v. V. S. 329).

Die ganze Streitfrage ist für uns nicht von Belang, da wir sowohl sog. Mangel am Tatbestand, wie Wahnverbrechen, sowohl Versuchshandlungen mit absolut untauglichen Mitteln wie am absolut untauglichen Objekte als straflos ansehen.

Nichts mit dem Begriffe des Wahnverbrechens zu tun hat der sog. Rechtswahn, wenn der Täter glaubt, seine Unrechtshandlung sei geboten auf Grund religiöser oder sittlicher Gebote. Solchem Wahn kann natürlich keine Bedeutung zukommen.[7])

IV. Abschnitt.

Das Delit manqué.

Ebenso wie der untaugliche Versuch, der Mangel am Tatbestand und das Wahnverbrechen ist das delit manqué oder das fehlgeschlagene Verbrechen im geltenden Rechte mit keinem Worte

---

[1]) Siehe auch Lammasch-Rittler S. 119, Delaquis S. 231. Frank Komm. § 59 VII S. 179, Köstlin.

[2]) Vgl. Kullmann Mon. Krim. Psych. X. Jahrg. S. 476 ff. „die Betätigung eines derartigen antisozialen Willens läßt noch keinen Schluß darauf zu, daß der Täter auch einmal in anderer Weise gegen die Gemeinordnung fehlen werde." Psychisch läge ein crimen vor, doch nulla poena sine lege.

[3]) Kullmann bezeichnet den Lehrherrn, der glaubt das Züchtigungsrecht zu überschreiten für strafbar, da das Verhalten des Lehrherrn eine Gefahr für die Allgemeinheit bedeute (ein Fall des error facti), bei dem, der in Putativnotwehr handle, besteht keine solche Gefahr.

[4]) G. S. 93 S. 24, vgl. dagegen Kriegsmann S. 51: „der untaugliche Versuch bleibt straflos wegen seiner Untauglichkeit d. h. wegen eines objektiven Umstandes, aber nicht wegen des ihm zugrunde liegenden Irrtums." Siehe Oetker Z. Str. W. 17 S. 57, hier faßt es den Begriff weiter, nur konkret untauglicher Versuch falle nicht darunter.

[5]) Gerland R.Str.R. S. 136. Rohland S. 99

[6]) Vgl. Merkel-Liepmann S. 152, Binding G. S. 85 S. 177 ff. unterscheiden das Wahnverbrechen vom Putativdelikt: Putativdelikt umfaßt danach sowohl den untauglichen Versuch wie den M. a. T.

[7]) S. Köhler Strafr. a. T. S. 308, Lammasch-Rittler S. 118, 119 Frank Komm. § 59 VII, Beling Grundz. S. 37.

erwähnt. Es frägt sich, wie in allen diesen Fällen erst von der Wissenschaft ausgebildeter Begriffe, ob dem Sinne des Gesetzes diese oder jene Behandlung zweifelhafter Fälle entsprechen. Ist das fehlgeschlagene Verbrechen überhaupt ein besonderer Verbrechensfall oder läßt es sich unter uns bekannte Tatbestände subsumieren?

Fehlgeschlagene Verbrechen nennen wir es, wenn ein auf ein Rechtsgut unternommener rechtswidriger Angriff, obwohl vom Täter alles aufgewendet wurde, was er zur Erreichung des Erfolges für notwendig hielt, ergebnislos abgelaufen ist, so daß der Täter um sein Ziel zu erreichen einen ganz neuen Angriff unternehmen müßte.[1]) Dieses Scheitern des Angriffs hat immer seine Ursache in seiner Untauglichkeit. Das delit manqué unterscheidet sich von der Vollendung nur durch Nichteintritt des vorgestellten Erfolges, ist also ein besonderer Fall des sog. beendeten Versuchs. Ebensoweit, als man die Grenze für den strafbaren Versuch absteckt, ist auch ein delit manqué möglich und als Versuch strafbar. Da beim fehlgeschlagenen Verbrechen keine Möglichkeit des Rücktritts mehr besteht — fehlgegangener Schuß — wird von verschiedenen Kriminalisten beanstandet, daß auch diesen Fällen eine obligatorische Strafmilderung de lege lata zukommt. So verlangt Delaquis (S. 233) hier lediglich eine fakultative Strafmilderung, Kullmann (S. 484) vom Standpunkte der Symptomatik dieselbe Bestrafung wie bei Vollendung, da fehlgeschlagenes Verbrechen „le crime même" bedeute. Wir halten jedoch auch de lege ferenda eine solche besondere Hervorhebung eines Falles des Versuchs für überflüssig. Eine obligatorische Strafmilderung genügt im Sinne eines Vergeltungsstrafrechts vollkommen dem Strafbedürfnis.

V. Abschnitt.

Anstiftungsversuch, Versuch der Anstiftung, Versuch der Beihilfe, Beihilfe zum Versuch.

1) Anstiftungsversuch liegt dann vor, wenn der Täter einen Dritten zur Begehung eines Verbrechens aufforderte, dieser jedoch das Verbrechen nicht vornahm oder die Tat selbständig vornahm, (alias facturus). De lege lata ist ein solcher Versuch nur in besonders vorgesehenen Fällen strafbar und zwar als delictum sui generis. (S. § 49 a, 85, 111 Abs. II, 159 R.Str.G.B.) als selbständiges Verbrechen. Eine generelle Bestrafung solcher Versuchsfälle fällt wegen der akzessorischen Natur der Anstiftung weg,[2]) d. h. sie ist nur möglich, wenn der Täter wirklich angestiftet wurde, wenn eine Schuld des Angestifteten vorliegt. Bringt es der Haupttäter nur zum strafbaren Versuch der Tat, zu der angestiftet wurde, so ist der Anstifter ebenfalls soweit zu belangen. Anders das österreichische Recht.[3]) Hier ist die Anstiftung eine selbständige — nicht akzes-

[1]) Köhler Strafr. a. T. S. 458, Allfeld Lehrb. S. 193, Frank Komm § 43 IV, Berner S. 143, Liszt Lehrbuch S. 210 und Klee S. 18.

[2]) Vgl. Loeb S. 22, dagegen behauptet Frank Komm § 48 V, erst aus der Straflosigkeit ergebe sich die Akzessorietät.

[3]) Vgl. Lammasch-Rittler S. 152.

sorische — Erscheinungsform des Verbrechens. Auch die mißlungene und die erfolglose Anstiftung ist nach § 9 österr. Strafgesetzbuchs strafbar, auch die Anstiftung des alias facturus und die Anstiftung des bereits von einem anderen Angestifteten. Der Anzustiftende braucht von der versuchten Verleitung keine Kenntnis gehabt haben. „Wer in einem anderen einen verbrecherischen Entschluß vorsätzlich anzuregen sucht" — bemerkt Lammasch — „gibt dadurch allein schon den Erfolg aus seiner Hand, bewirkt schon dadurch einen psychischen Erfolg, über welchen er weiterhin keine Herrschaft zu üben vermag".

Wir geben hier dem deutschen Str.G.B. mit seinem Vorgehen gegen Fälle versuchter Anstiftung den Vorzug. Es geht viel zu weit, die Anstiftung jedesmal, wenn sie mißglückte zu bestrafen. Ein gegenwärtiger Angriff auf ein Rechtsgut liegt bei der versuchten Anstiftung noch nicht vor.[1]) Wir haben einen der wenigen Fälle vor uns, in denen eine Bestrafung evtl. nur wegen Gefährlichkeit angebracht erscheint. Mit Recht bemerkt Frank, (Komm. § 48 V) die Straflosigkeit der versuchten Anstiftung ergebe sich aus dem argumentum a maiori ad minus; wenn nach geltendem Rechte nicht einmal die Fassung des Tatenschlusses strafbar sei, so könne es die bloße Hervorrufung des Entschlusses oder der Versuch dazu, noch viel weniger sein. Eine Vermehrung der Sonderfälle de lege ferenda halten wir mit Köhler für nicht erforderlich. Die Tätigkeit des Anstiftenden müsse früher bestraft werden, da sie früher begonnen habe, also müßte bereits schon der Versuch bestraft werden, meint dagegen Hälschner.[2])

2) Eine Anstiftung zum Versuch ist begrifflich unmöglich[3]) es kann immer nur zu einem vollendeten Verbrechen angestiftet werden. Ist eine Versuchshandlung dagegen als delictum sui generis in das Strafgesetzbuch aufgenommen, dann ist nach dem Gesetzestext (§ 48) eine Anstiftung sehr wohl möglich.[4]) Versteht man unter Anstiftung zum Versuch dagegen den Fall, bei dem der Haupttäter die Handlung nur bis zum Versuch brachte, so ist der Anstifter nur für das Geschehene verantwortlich, R.G.E. 38, 248. Ist also der Versuch der Haupttat straflos, so bleibt es auch die Anstiftung.

3) Versuch der Beihilfe. Es sind 2 Fälle möglich. Entweder die Tätigkeit des Gehilfen hat den erstrebten Erfolg nicht bewirkt, bezw. der Haupttäter hat die Handlung nicht ausgeführt, noch auch versucht, oder der Haupttäter hat sich um den Rat des Gehilfe sein Wollenden nicht gekümmert.[5]) Beide Fälle erheischen nach geltendem Recht Straflosigkeit aus ähnlichen Erwägungen wie in N. 1. Bei der Beihilfe handelt es sich um einen geringeren Grad von Schuld als bei der Anstiftung. Beide sind als Erscheinungsformen des Verbrechens von dem Hauptdelikt abhängig. Eine schlechtere Stellung der Beihilfe gegenüber der schwereren Anstiftung ist schon

[1]) Köhler Strafr. a. T. S. 527, 528.
[2]) Hälschner, das gem. deutsche Strafr. S. 403.
[3]) Frank Komm. § 48 V.
[4]) Frank Komm. § 49a IV.
[5]) Frank Komm. § 49 IV.

logisch unmöglich. Auch der Gehilfe haftet nur, soweit eine strafbare Tat vorliegt, z. B. wenn es nur zum Vesuch gekommen ist.

4) Beihilfe zum Versuch erblicken wir mit Frank[1]) darin, wenn eine Handlung nur den Versuch gefördert hat.

2. Kapitel. Bei einzelnen Deliktsgruppen.

I. Abschnitt.

Der Versuch bei den Unterlassungsdelikten.

a) Echte Unterlassungsdelikte oder Omissivdelikte sind solche, welche sich in der Nichtbefolgung eines Gebotes erschöpfen, z. B. unterlassene Verbrechensanzeige nach § 139 R.Str.G.B.

b) Unrechte Unterlassungs- oder Kommissivdelikte (Begehungsdelikte durch Unterlassung). Das sind solche, in denen der Täter gegen ein Verbot verstößt.

Die Frage der Bestrafung des Versuchs in diesen Fällen hängt davon ab, ob man hier Versuch für begrifflich möglich hält. Dies ist in beiden Fällen zu bejahen u. zw. sind alle Arten des Versuchs denkbar, ebenso wie bei den Delikten, die durch positive Handlungen begangen werden. Ein Unrecht liegt schon darin, wenn sich der Bahnwärter betrunken macht, um die Weichenstellung zu verschlafen und damit den Expreßzug zur Entgleisung zu bringen, wenn auch noch jederzeit die Möglichkeit seinen Plan doch nicht auszuführen offensteht (unbeendeter Versuch), wie auch dann, wenn von seiner Seite bereits kein Rücktritt mehr möglich war und z. B. die Weiche durch einen anderen Beamten richtig gestellt wurde. Ebenso handelt die Mutter bereits rechtswidrig, die die Ernährung ihres Kindes unterläßt oder einschränkt, um es zu töten. Im ersten Falle denken wir an ein fehlgeschlagenes Verbrechen, wenn das Kind durch eine mitleidige Amme genährt würde, sodaß es auf diese Weise nicht den Tod finden kann; ein unbeendeter Versuch ist es dann, wenn das Kind langsam verhungern soll.

Auch untauglicher Versuch ist hier in allen Fällen möglich.

Gleiche Meinung vertreten Allfeld, Wachenfeld, Olshausen, Köhler und Gerland,[2]) letzterer mit der Einschränkung, Versuch eines echten Unterlassungsdeliktes sei nur als fehlgeschlagenes Verbrechen denkbar, Liszt[3]) läßt bei Unterlassungsdelikten allgemein den Versuch nur als fehlgeschlagenes Verbrechen gelten, Finger[4]) ebenso beim unechten Unterlassungsdelikt, Frank[5]) beim echten.

Die Möglichkeit eines Versuchs beim unechten Unterlassungsdelikt wird heute nicht mehr bestritten. Nur bei den echten Unterlassungsdelikten wird vielfach eine solche Möglichkeit in Abrede

[1]) Frank Komm. § 49 IV.

[2]) Vgl. Allfeld S. 188, Wachenfeld S. 168, Olshausen Komm. § 43 N. 27, Köhler Strafr. allg. Teil S. 454, Gerland Reichsstrafrecht S. 134.

[3]) Lehrbuch 210.

[4]) Lehrbuch Bd. 1 S. 316.

[5]) Vgl. Darst. A. V. S. 211.

gestellt,[1]) weil eine Unterscheidung zwischen Vollendung und Versuch hier begrifflich unmöglich sei. Versuch falle hier bereits mit Vollendung zusammen. Wie unser Beispiel zeigt, ist das jedoch nicht richtig. Es kann jemand sehr wohl eine positive Vorkehrung treffen, die es ihm unmöglich macht, oder erschwert, die betreffende Tätigkeit vorzunehmen.[2]) Von einer Vollendung kann dennoch keinesfall die Rede sein. Verschiedentlich wird die Möglichkeit zwar zugegeben, aber die Strafbarkeit verneint. Vgl. Binding,[3]) der hier straffreien Rücktritt annimmt.

II. Abschnitt.

Der Versuch bei den Unternehmungsdelikten und wenn Vorbereitungshandlungen mit Strafe bedroht sind.

a) Nur in wenigen Fällen weicht das R.St.G.B. von der milderen Bestrafung des Versuchs ab, und bestraft den Versuch gleich der Vollendung. Z. B. in §§ 81, 105, 114, 122, 357 bei den sog. Unternehmungsdelikten. Hier ist nach h. A. Versuch und Vollendung gleichgestellt, Vorbereitungshandlungen fallen nicht mehr darunter.[4]) Nur in § 81, 82 R.St.G.B. ist der Begriff des Unternehmens weiter zu fassen als der übliche, da auch die letzten Vorbereitungshandlungen darunter fallen.[5]) In den übrigen Fällen wird lediglich der Versuch im Sinne des § 43 R.St.G.B. gleich der Vollendung bedroht. Auch hier ergibt sich die Abweichung des R.St.G.B. von seinem prinzipiellen Standpunkte (§ 44) lediglich aus dem besonderen Interesse des Staates auch an dem Unterbleiben von Versuchshandlungen aus Gründen besonderer Gefährlichkeit. Mit der Vergeltungsstrafe ist der Präventionszweck verbunden.

Ein Versuch des Unternehmens ist so wenig wie ein Versuch des Versuchs möglich,[6]) bloß Vorbereitungshandlungen ließen sich denken.[7])

b) Wenn Vorbereitungshandlungen mit Strafe bedroht sind, ist nach Frank Versuch möglich, wenn ein delictum sui generis vor-

---

[1]) Z. B. von Schwarze S. 285, Hälschner das gemein. d. Strafr. S. 354, Eisenmann Z. Str. W. 13 S. 460, Bar II S. 542, M. E. Mayer Strafr. a. T. S. 348, Klug S. 22 und Oppenhoff-Delius 15.

[2]) Allfeld S. 188.

[3]) Grundriß S. 130, siehe auch Finger Lehrb. I. Bd. S. 317.

[4]) Anders Allfeld, Lehrbuch S. 188, Wachenfeld S 174, Liszt Lehrb. S. 209 R.G.E. 3, 26; 8, 354, Gerland R.Str.R. S. 133. Ebenso wie Text R.G.E. 42, 226; 53, 9, 45. Hälschner das gem. d. Strafr. S 356, Köhler Strafrecht allg. Teil, S. 452.

[5]) Frank Komm. § 82 IV. Schwarze S. 285, Finger Lehrbuch Bd. I S. 314.

[6]) Wachenfeld bejaht die rechtliche Möglichkeit S. 169, Reichsgericht z. B. in Bd. 58 S. 392—394 führt aus: „Versuch im Sinne des Reichsstrafgesetzbuches erfordert begrifflich die Absicht, das geplante Verbrechen zu vollenden, nicht bloß es zu versuchen oder vorzubereiten. Einen strafbaren Versuch des Versuchs oder gar einer vorbereiteten Handlung kann es daher nicht geben". Vgl. auch ebenso Olshausen Komm. § 43 N. 28a, Sauermann, der Versuch als delictum sui generis 1927 in strafr. Abh. Heft 227 S. 21.

[7]) Berner S. 135, Köhler Strafr. a. T. S. 455, Loeb S. 21, Hälschner das gem. d. Strafr. S. 357 A. M. Allfeld S. 189 bei Hochverrat wo er einen engeren Begriff des Unternehmens annimmt, wie früher Frank z. B. V. D. A. V S. 215.

liegt, sonst nicht.[1]) Allfeld nimmt ebenfalls bei den delicta sui generis Versuch an.[2]) Dagegen Liszt[3]) aus Gründen der Logik und Praktikabilität. Wir teilen Franks Ansicht, es besteht auch unter Umständen z. B. in § 229 ein Bedürfnis, den Versuch zu bestrafen, da er schon einen rechtswidrigen Angriff enthalten kann.

III. Abschnitt.

Der Versuch bei den durch den Erfolg qualifizierten Delikten.

Nach der Ansicht von Frank, Olshausen, Finger, Allfeld, Bar, Wachenfeld, Loeb, Gerland und Liszt[4]) ist ein Versuch des qualifizierten Delikts, z. B. in §§ 178, 251 R.St.G.B., auch dann gegeben, wenn der Erfolg bereits vor Vollendung der Haupttat fahrlässig herbeigeführt wird (die Ueberfallene stirbt vor Schreck am Herzschlag). Nach Köhler und M. E. Mayer[5]) liegt dagegen nur dann der qualifizierte Deliktversuch vor, wenn der Täter auch den schweren Erfolg gewollt hatte, dann aber auch offenbar, wenn der Erfolg nicht eingetreten ist. Es kann nur das versucht werden, was gewollt ist.

[1]) Frank V. D. A. V S. 215.
[2]) S. 189, vgl. Gerland S. Reichs. Strafr. S. 134
[3]) Lehrb. S. 211.
[4]) Frank Komm. § 43 V 5, Olshausen Komm. 5, Finger Lehrb. Bd. 1 S. 316, Allfeld S. 189, Bar II S. 544, Wachenfeld S. 169, Loeb S. 22, Gerland Reichsstrafr. S. 135, Liszt Lehrb. S. 210, siehe auch R.G E. 40, 321 (325).
[5]) Köhler Strafrecht a. T. S. 443, M. E. Mayer Strafr. a. T. S. 349.

D. Die Unrechtsfolgen beim Versuch de lege ferenda.

1. Kapitel. **Vorbemerkungen.**

Das geltende Recht entspricht, wie wir gesehen haben, nicht mehr den Bedürfnissen der modernen Zeit, es ist in vielen Punkten anfechtbar, die Wissenschaft hat weitergearbeitet, während das Gesetz unverändert geblieben ist. Gerade bei der Frage der strafrechtlichen Behandlung des Versuchs zeigen sich klaffende Lücken. Am brauchbarsten ist noch die Frage der relativen Strafbarkeit des Versuchs geregelt. Die absolute Strafbarkeit muß dagegen einer gründlichen Revision unterzogen werden, vor allem die Bestrafung des untauglichen Versuchs muß nun endlich einmal geklärt werden. Nur das Gesetz ist imstande, der Willkür der Gerichte in der Bestrafung sogenannter absolut untauglicher Versuchsfälle eine Schranke zu setzen. Des weiteren schweigt das geltende Recht in der Frage der Bestrafung von Wahnverbrechen und Mangel am Tatbestand.

Wie soll das neue Strafgesetzbuch beschaffen sein, um allen berechtigten Ansprüchen gerecht zu werden?

Der Strafgesetzgeber muß vor allem zu dem Streite der Strafrechtsschulden Stellung nehmen, denn die Beantwortung der Frage der Unrechtsfolgen beim Versuch hängt aufs innigste mit der Einstellung des Gesetzgebers nach der oder jener Richtung zusammen. Zu welcher Richtung soll sich der Gesetzgeber bekennen? Zur Lehre der klassischen Strafrechtsschule oder zur Lehre der soziologischen modernen Schule.[1]) Nur eine klare Stellungnahme zu einer Richtung kann jedem Streit ein Ende machen. Mit Halbheiten ist keiner Schule gedient. Ein Kompromiß, ein Ausprobieren, wie es vielleicht nahe liegen würde, kann dem Zweck der Strafe nicht dienen und schadet dem Ansehen der Justiz.

Die Anwendung der soziologischen Lehre auf den Versuchsfall zeigt folgendes Bild:

1) als erste Konsequenz ergibt sich die Notwendigkeit völliger Gleichbestrafung vom Versuch und Vollendung.[2]) Mildere Strafe ist im Prinzip nicht gerechtfertigt. Folgende Kriminalisten fordern auch de lege ferenda vom Standpunkte der soziologischen Lehre eine prinzipielle Gleichbestrafung. Liszt Aufs. II S. 377, 392, Drill Mitt. I. K. V. Bd. 10 S. 282, Garraud Mitt. I. K. V. Bd. 11 S. 111, Seuffert Mitt. I. K. V. Bd. 10 S. 474 ff. und Bd. 9 S. 11 ff., Kull-

[1]) Wir erwähnen hier nur die zwei Hauptrichtungen der Ansichten über Strafzwecke. Die sog. dritte Schule begründet von Merkel, Anhänger Hippel, Liepmann, die ihre Lehre heute ebenfalls auf den Vergeltungsgedanken aufbaut, stimmt in den Grundprinzipien mit den Forderungen der modernen klassischen Schule überein.

[2]) Allfeld Einl. d. Ges. S. 23 bis 29.

mann Mon. Krim. Psych. 10. Jahrg. S. 479 ff. Der Grundsatz der Gleichbestrafung von Versuch und Vollendung wurde von den Mitgliedern der internationalen kriminalistischen Vereinigung anerkannt. Mitt. I. K. V. S. Bd. 10 S. 508, jedoch wurde er gewissen Einschränkungen unterworfen. Seuffert will die Strafmilderung nur dann Platz greifen lassen, wenn bei ganz schweren Verbrechen der Erfolg nicht eingetreten ist. Diese fakultative Strafmilderung sei zu befürworten, weil die Möglichkeit einzuräumen sei, „daß aus dem Fehlschlagen des Angriffs, aus dem Aufgeben des Unternehmens gegenüber einem ersten Hindernis ein Mangel in der Vertiefung des verbrecherischen Entschlusses ersichtlich ist und dann die schwerste Strafe als unnötig erscheint." Dagegen z. B. Allfeld [1]) und Overbeck, denn „Mangel der Vertiefung des verbrecherischen Entschlusses" kann doch wohl nur beim nichtbeendeten Versuch festgestellt werden. [2]) Liszt befolgt zwar, wie in unseren früheren Ausführungen bereits erwähnt wurde, eine objektive Versuchstheorie mit subjektivem Einschlag, diese aber nur de lege lata. Daraus erklärt sich der abweichende Satz (Aufs. 2 S. 112) „das versuchte Verbrechen wird milder bestraft, das fehlgeschlagene kann milder bestraft werden", der übrigens auch de lege ferenda nicht paßt. Overbeck kommt in seinen treffenden Ausführungen (S. 41, 42) sogar zu dem Ergebnis, der Moderne müsse unter Umständen den Versuch höher strafen, als die Vollendung, denn der Versuchende sei oft deshalb gefährlicher für die Rechtsordnung, weil er sein Ziel nicht erreichte. „Wer vergebens danach getrachtet hat, seine verbrecherische Gesinnung voll in die Wirklichkeit zu übersetzen, der wird nur zu leicht geneigt sein, sich immer wieder an neuen Opfern oder an dem alten Opfer von neuem zu versuchen, bis ihm endlich einmal das Vorhaben gelingt".

2) Eine weitere Folge eines Gesinnungsstrafrechts ist die notwendig gewordene Verschiebung der Grenzen zwischen Versuch und Vorbereitungshandlungen. Die Modernen „sind nicht genötigt, eine vor Beendigung des rechtswidrigen Erfolges enthüllte Gesinnung hinsichtlich des Erfolges nur dann zu berücksichtigen, wenn sie noch ein rechtliches Verschulden erzeugte, d. h. wenn sie noch kausal wurde". [3]) Köhler. Folglich nehmen die Soziologen eine andere Begriffsbestimmung des Versuchs an, so Seuffert (S. 480) „Versuch ist anzunehmen, wenn jemand den Entschluß, ein Verbrechen zu verüben, ernsthaft, aber ohne den zu dem Verbrechen gehörenden Erfolg betätigt hat". — Es kommt zwar auch vor, daß von Anhängern der Vergeltungsstrafe das Versuchsgebiet ähnlich weit ausgedehnt wird, z. B. von Hälschner, [4]) der Versuch annimmt, wenn die Absicht des Täters zur vollkommenen erkennbaren Darstellung gelangt ist, was schon der Fall ist, wenn der Täter die

[1]) Einfl. d. Ges. S. 25 vgl. Overbeck S. 45.

[2]) Folgerichtig Kullmann Mon. Krim. Psych. 10. Jahrg. S. 484 ff, der das fehlgeschlagene Verbrechen der Vollendung gleichstellen will „wenn der Täter das seinige getan hat um den Erfolg herbeizuführen hat er keinen Anspruch mehr auf eine geringere Bestrafung."

[3]) Köhler G. S. 96 S. 168.

[4]) Das gem. d. Strafr. Bd. I S. 342 ff.

Schußwaffe kauft, wenn er den Ort auskundschaftet usw. Hälschner denkt dabei aber anders. Er verlangt ausdrücklich zur Bestrafung eine rechtswidrige Handlung, diese ist nach seiner Ansicht in dem bezeichneten Moment schon da. — Die verbrecherische Gesinnung behält länger ihre symptomatische Bedeutung. Es braucht, um strafen zu können, noch zu keinem rechtswidrigen Angriff gekommen sein.[1]) Das Auflauern, das Anschaffen der Mordwaffe, wäre hier bereits Versuch. Overbeck (S. 26) bemerkt, das Gesinnungsstrafrecht müßte, um sich selbst treu zu bleiben, die Vorbereitungshandlungen gleich der Vollendung wenn nicht höher strafen, „denn es liegt nicht die geringste Veranlassung vor, dem Täter eines Verbrechens größere soziale Gefährlichkeit zu imputieren, als dem Täter einer Vorbereitungshandlung. Eher könnte man von diesem eine größere soziale Schädlichkeit erwarten, als von jenem, denn wer ein Verbrechen vorbereitet, der rechtfertigt die Sorge, daß er es begehen werde; die Schutzhaft müßte also ihm gegenüber prävenierend eingreifen, ehe es zu spät ist. Wer dagegen delinquiert, ist vielleicht damit am Ziele seiner Wünsche angelangt, sodaß für die Zukunft eine Gefahr von ihm nicht mehr auszugehen braucht". Diese Einwände Overbecks sind sehr beachtenswert. Die Modernen gehen jedoch nicht so weit, denn es ist klar, daß bei Strafbarkeit jeder Vorbereitungshandlung die Strafbarkeit keine Grenzen mehr hätte. Die soziologische Lehre verlangt daher eine Tat, die genügend Symptome für die Feststellung des bösen Willens kundgibt. Darunter fallen dann nicht alle Vorbereitungshandlungen; nur die zu schweren Verbrechen sind demnach, da sie die verbrecherische Gesinnung leichter erkennen lassen, als die zu leichten Delikten in den Strafbereich einbezogen.

3) Des weiteren darf die soziologische Schule keine Unterscheidung von tauglichem und untauglichem Versuche machen. In jedem der Fälle ist ja eine abstrakte Gefährlichkeit für die Allgemeinheit dokumentiert. Wenn auch die Erfolge, die der Täter erzielt hat, noch so unbedeutend, ja lächerlich erscheinen, die Tat noch so rechtmäßig ist, ja sogar pflichtgemäß erscheint, z. B. es schwört jemand die Wahrheit in dem Glauben, er leiste einen Meineid, er ist der Vollendungsstrafe grundsätzlich verfallen — wenn Kollmann Z. Str. W. 28 S. 468 auch hier für die Symptomatik einen rechtswidrigen Vorgang postuliert, ist er mit seiner auf S. 464 vertretenen Auffassung, Mord, Körperverletzung als Mordversuch und völlig untauglicher Versuch hätten völlig gleiche symptomatische Bedeutung, im Widerspruch. — Jeder, der Täter sein will und dies durch Handlungen gezeigt hat, ist Verbrecher.[2])

4) Nach dem Gesagten darf es auch keinen nennenswerten Unterschied machen, ob ein Versuch mit abergläubischen Mitteln ein Wahnverbrechen oder ein M. a. T. (soweit man diesen vom Wahnverbrechen unterscheidet) vorliegt. So sagt Overbeck[3]) „wer

[1]) Siehe die Aeußerungen Allfelds Einfl. d. Ges. S. 24 und 88.
[2]) Siehe dazu Overbeck S. 28 der eine folgerichtige Ansicht der Modernen in dem Punkte der Bestrafung des untauglichen Versuchs als weit über die Anschauung des deutschen Reichsgerichts hinausgehend bezeichnet.
[3]) S. 32 ff. und 28 Anm. 37.

seinen Nachbarn totzubeten versucht, kann zweifellos einen sehr gefährlichen bösen Willen haben. Wenn er sieht, daß sein Mittel nichts hilft, oder wenn er über die Untauglichkeit seines Mittels aufgeklärt wird, wer garantiert, ob er nicht ebensoleicht sich mit einem anderen tauglichen Mittel versucht?" Gewisse Einschränkungen treffen ja sicher zu,[1]) es kann auch die Energie fehlen, andere Mittel zu benützen, im Prinzip ändert sich trotzdem nichts.

Ebenso ist es beim Wahnverbrechen. Hier ist doch die Tat ein offenkundiges Indiz der Gesinnung des Täters (dies hält Overbeck der modernen Schule entgegen) auch wenn seine Handlungsweise verboten gewesen wäre, hätte er gehandelt.[2]) Kullmann[3]) redet auch hier wieder der Versöhnung das Wort. Er will in richtigem Verständnis dafür, daß gewisse Fälle des Wahnverbrechens bezw. M. a. T. unmöglich bestraft werden können, nach dem Grundsatz nulla poena sine lege straflos lassen. Für eine Schutzstrafe jedoch eine unhaltbare Begründung.

5) Der Rücktritt vom Versuch kann nur straflos bleiben, wenn der Täter auf Grund geläuterter Gesinnung vom Versuch zurücktritt. Aber nicht ein tatsächliches Gelingen des Rücktritts kann verlangt werden, es muß schon genügen, wenn der Täter ernstlich bemüht ist, den Erfolg abzuwenden. Es könnte derjenige nicht wegen Mordversuchs bestraft werden, der den Gegner, nachdem er ihn in Tötungsabsicht niedergeschossen hatte, auf Grund nachträglicher Umstellung der Gesinnung vom Tode zu erretten sucht.[4])

6) Ist nun der Versuch von gleicher symptomatischer Bedeutung wie Vollendung, dann ist es durch nichts gerechtfertigt, bei gewissen Verbrechenstypen nur die Vollendung zu strafen.[5]) Es ist daher die Gegenansicht Seufferts[6]) eine schroffe Inkonsequenz. Besonders Seufferts Vorschlag, bei jedem Delikt erst besonders zu bestimmen, wann der Versuch gestraft werden solle, ist anzugreifen.[7]) Bar sagt hiezu: „wenn der Versuch ebensoviel strafrechtlich bedeuten soll, wie das vollendete Delikt, wie ist es möglich, die Bedeutung dieses mit so viel Emphase verkündeten Satzes so willkürlich einzuschränken?"

Die moderne Strafrechtsschule begründet die Richtigkeit ihrer Lehre damit, daß sie nachzuweisen versucht, die Vergeltungstheorie sei in allen ihren Punkten unbrauchbar, sie sei Rache, mit Rache aber sei der Allgemeinheit nicht gedient. Die Vergeltungsstrafe sei eine Erfolgsstrafe, die Kunst der Aerzte entscheide oft, ob der Täter Zuchthaus oder Todesstrafe, schwere oder mildere Strafe bekommen solle.[8]) Sogar die Möglichkeit einer „schuldhaften rechtswidrigen

[1]) Vgl. Allfeld Einfl. d. Ges. S. 25 Am. 2.
[2]) Vgl. zu der ganzen Frage die Polemik Birkmeyers Beiträge 7. 28 und der dort zit.
[3]) Mon. Krim. Psych. 10. Jahrg. S. 477.
[4]) Vgl. Overbeck S. 50, Allfeld Einfl. d. Ges. S. 28/29, Birkmeyer, Beitr. 7, 28.
[5]) Vgl. Allfeld Einfl. d. G. S. 23, Overbeck S. 36 ff.
[6]) Mitt. I. K. V. 10, S. 466.
[7]) Overbeck S. 409, Bar Bd. 2 S. 570.
[8]) Vgl. Kullmann Mon. Krim. Psych. 10. Jahrg. S. 509, der den Fall der Ermordung Stolypins demonstriert, Tesar, der symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens von 1907, Aschaffenburg in Mon Krim. Psych. 18. Jahrg. 1927 Erfolgshaftung und Versuchsstrafe S. 509.

Handlung", wie sie im Sinne der klassischen Schule allgemein für die Strafbarkeit gefordert wird, wird angegriffen. So von Kollmann und Tesar.

Auf die einzelnen Fragen hier genauer einzugehen, liegt nicht mehr im Rahmen dieser Arbeit, wir verweisen auf die zutreffenden Darlegungen Belings, Oetkers, Rohlands und Köhlers.[1]) Ein Ausgang aus dem Labyrinth der vertretenen Anschauungen läßt sich nur finden im Sinne einer reformierten, verbesserten Vergeltungsidee, auf die wir im ersten Hauptteil aufmerksam gemacht haben. Warum soll nicht auch die Gesinnung des Täters berücksichtigt werden können? Auch wir sind für einen Ausbau, eine Vertiefung des gewöhnlichen Schuldbegriffs, ebenso die meisten Vertreter des Vergeltungsstrafrechts. Doch nur soweit eine Bestrafung nicht der Gerechtigkeit entgegensteht. Nur die Gesinnung im Rahmen der Tat, die Gefährlichkeit des Täters, soweit sie seine rechtliche Schuld vergrößert, können Berücksichtigung finden. Der Gedanke, daß Strafe beabsichtigtes Uebel ist, daß die Höhe der Strafe durch „die Schwere des Delikts gemessen an dem Werte des angegriffenen Gutes und der Größe der beim Angriff betätigten Schuld" (Köhler)[2]) sich bestimmt, der Gedanke der Proportionalität von Schuld und Strafe läßt sich nicht aufgeben.

Die Einwände, die von Liszt mit Eifer der Vergeltungsstrafe entgegenhält, der Richter habe nach ihr die den Gegenstand der Anklage bildende Tat „herausgerissen aus dem Leben des Täters, die auf dem Isolierschemel der logisch-juristischen Abstraktion gestellte Tat" zu beurteilen, der Richter „solle nicht zurückgreifen, auf das, was vor der Tat gelegen ist, er dürfe nicht die Befürchtungen und Hoffnungen in Betracht ziehen, die der Täter für die Zukunft weckt," sind irreführend. Man kann ein Strafrecht sehr wohl auf den Vergeltungsgedanken aufbauen und trotzdem im Interesse der Gesellschaft gewisse Schutz- u. Sicherungsmaßnahmen neben der Strafe in weitestem Umfange dulden. Solche Maßnahmen dürfen aber nicht Strafcharakter haben.

Für den Versuch gilt hier das gleiche, wie bei der Vollendung, es kann nur gestraft werden, wenn ein rechtliches Verschulden vorliegt. Dieses Verschulden sehen wir in dem rechtswidrigen Angriff auf ein Rechtsgut, zu dessen Schutz das Gesetz da ist. „Weil in dem Versuch des Verbrechens das Angriffsmoment liegt, dürfen wir ihn staatlich strafen".[3]) Der Strafzweck nach unserer Lehre ist vorwiegend Generalprävention, der Strafzweck, wie ihn die Modernen vor Augen haben, Spezialprävention, der Strafzweck im Sinne einer dritten Schule, wie es z B. Hippel[4]) formuliert „gegenüber der Gesamtheit Generalprävention, gegenüber dem einzelnen Verbrecher Besserung, Abschreckung und Unschädlichmachung".

Wir haben eingangs erwähnt, daß der Gesetzgeber zum Streite der Schulen unbedingt Stellung zu nehmen hat. Diese Ansicht wird

---

[1]) Beling, Beitr. I S. 59 bis 61, Oetker G. S. 78 S. 94 bis 95, Rohland, Beitr S. 5 bis 37, Köhler, Vergeltungsgedanke S. 32 ff.
[2]) Vergeltungsgedanke S. 10.
[3]) Vgl. Wach S. 17.
[4]) Mon. Krim. Psych. 10. Jahrg. S. 80.

mit Unrecht vielfach als müßig bezeichnet, z. B. von Hippel.[1]) Ein Kompromiß im Sinne der Vereinigungstheorie, eine Vereinigung aller Strafzwecke zu einem harmonischen Ganzen, sei das Richtige. Von jeder Theorie das Beste zu nehmen, das sei die Aufgabe des Gesetzgebers. „Der Schulenstreit macht ganz von selbst Halt vor der praktischen Arbeit des Gesetzgebers, der sich dauernd wechselnden konkreten Problemen gegenüber sieht, deren jedes die Berücksichtigung der bei ihm jeweils in Betracht kommenden Strafzwecke einfach erzwingt".

2. Kapitel. Die deutschen Entwürfe.

I. Abschnitt.

Die Entwürfe mit Ausnahme der Reichstagsvorlage.

Die deutschen Entwürfe 1909,[2]) 1913, 1919 und 1925 haben das Problem auf verschiedene Weise zu lösen versucht. , Zu unserer Enttäuschung haben sie unsere Wünsche nicht erfüllt. Sie stehen teils auf dem Boden der Vereinigungstheorie, teils auf dem der Lehre der modernen Schule; die Vergeltungsidee kommt zwar auch zum Ausdruck, aber nicht in maßgebender Weise.

a) Der Entwurf 1909. Er verwirklicht, wie von Hippel (S. 81) mit Genugtuung bemerkt, die Vorschläge der synkretischen Theorien. Aber gerade das Bestreben, jeder Richtung gerecht zu werden, ermöglicht es, daß sowohl Objektivist wie Subjektivist bei der Regelung der Unrechtsfolgen beim Versuch in vielen Fällen die Verwirklichung seiner Vorschläge erblicken kann.

Dem geltenden Rechte nachgebildet sind die Bestimmungen über absolute und relative Strafbarkeit des Versuchs. Der Versuch eines Verbrechens wird generell bestraft, § 75 Abs. 2, „der Versuch eines Vergehens wird . . . . nur in den im Gesetz besonders bestimmten Fällen bestraft", der Versuch einer Uebertretung bleibt straflos. Die Zahl der strafbaren Vergehensversuche hat eine beträchtliche Zunahme erfahren. Zu erwähnen sind §§ 120, 151, 204, 215 und 239 als neu eingefügt. Doch entbehrt diese Regelung der nötigen Exaktheit.[3]) Bei der Straflosigkeit des Uebertretungsversuchs, der wir aus kriminal-politischen Gründen beistimmen, ist zu beachten, daß nicht ein anderes Unrecht, ein Polizeiunrecht im Gegensatz zum Kriminalunrecht in Frage steht und daraus sich die Straflosigkeit des Versuchs begründen läßt. Das Unrecht ist vielmehr qualitativ das gleiche, nur eine quantitative Verschiedenheit ist festzustellen. Der Unrechtsgehalt ist bei der Uebertretung ein geringerer als bei den typischen Vergehensfällen (eine feste Grenze läßt sich nicht ziehen). Der Versuch als solcher steht an Unrechtsgehalt hinter der Voll-

[1]) Mon. Krim. Psych. 10. Jahrg. S. 81.

[2]) Den Gegenentwurf 1911, der sich von den anderen Entwürfen durch seinen inoffiziellen Charakter unterscheidet, behandeln wir nicht in einem besonderen Abschnitt.

[3]) Vgl. Loeb S. 35, Olshausen, krit. Bem. S. 36, der die „grundsätzliche Strafbarkeit des Versuch aller in Buch 1 mit Strafe bedrohten Handlungen" mit Recht befürwortet Vgl. Entwurf 1911 § 27 Satz 2.

endung. Der Versuch einer Uebertretung weist also ein noch geringeres Unrecht auf, als die Uebertretung. Eine Zulassung von Straflosigkeit läßt sich sehr wohl mit dem Vergeltungsgedanken vereinbaren. [1])

Das Prinzip der obligatorischen Strafmilderung hat der Vorentwurf ebenfalls beibehalten in § 76 Abs. 1. Damit ist einer Forderung der klassischen Schule genügt. Vom Standpunkte einer gerechten Strafe darf die Versuchsstrafe nie die Vollendungsstrafe erreichen, wenn auch der Unterschied nur sehr gering zu sein braucht. [2])

Die Zulässigkeit von lebenslänglicher Zuchthausstrafe bei versuchtem Morde dürfen wir als einen Fortschritt bezeichnen. [3])

Die bedeutendste Besonderheit des Vorentwurfs in der Versuchsfrage ist die Erweiterung des Versuchsstrafrahmens nach unten und das „Absehen von Strafe in besonders leichten Fällen" §§ 76 Abs. 3 und 83. Von dieser weitest-gehenden Milderung sind die ganz schweren Verbrechen ausgenommen, die im Vollendungsfalle mit Todesstrafe oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht sind. Mit wechem Rechte?

Das System des Vorentwurfs läßt sich nur erklären aus der subjektiven Einstellung desselben. Gerade weil auch der untaugliche Versuch bestraft werden soll, sollen die erwähnten Milderungsbestimmungen einen Ausgleich darstellen, und die Durchführung der subjektiven Theorie annehmbar machen (vgl. Begründung S. 289). Köhler polemisiert besonders gegen ein Absehen von Strafe, der Gesetzgeber stelle sich damit das Zeugnis aus, daß er unfähig sei, Grundsätze über die verschiedenartige Strafwürdigkeit des untauglichen Versuchs aufzustellen, jeder Richter solle sich nun seine eigene Theorie bilden und können demnach bald mehr, bald minder strafen. Dieser Einwand trifft das Wesentliche. Der Vorentwurf hat sich zwar einer prinzipiellen Regelung des untauglichen Versuchs enthalten, damit ist aber die Streitfrage der Bestrafung des untauglichen Versuchs nicht aus der Welt geschafft. Also ist es dem Richter anheim gestellt, seine eigene Theorie anzuwenden. Man wird zwar einwenden, der Richter hat sich nach den Leitprinzipien des Gesetzes zu richten, wenn das Gesetz selbst versagt. Die Begründung (S. 285, 289) sagt doch zur Genüge, daß sie auf dem Standpunkte der subjektiven Theorie stehe. Dies hat jedoch nichts zu bedeuten angesichts des Gesetzestextes, der sowohl subjektive, wie objektive Auslegung zuläßt. M. E. Mayer folgert zutreffend, [4]) daß nach der Fassung des § 75 Abs. 1 nach unparteiischer Ansicht der sogenannte Versuch am absolut untauglichen Objekte und mit absolut untauglichen Mitteln straflos zu bleiben hat, da hier noch kein Anfang der Ausführung oder was das gleiche ist, kein „Beginn der Ausführung" vorliegt. Während also die Begründung sowohl die Fälle strafen will, die wir an anderer Stelle als M. a. T., als Scheinversuch vom

[1]) Kohlrausch in Reform S. 10, Köhler Reformfragen S. 52 billigt die Straflosigkeit der Uebertretungsversuche.
[2]) Die mildere Bestrafung wird gebilligt von Köhler Reformfragen S. 50 und Studien S. 31, M. E. Meyer in Reform S. 344 bis 348, Zevenbergen S. 233, 234.
[3]) Dagegen Schötensack, Verbrechensversuch S. 417 der das Bedürfnis hiezu negiert.
[4]) In Reform S. 335.

strafbaren Versuch getrennt haben, und nur in besonders leichten Fällen gestattet, von Strafe abzusehen, rechtfertigt § 75 Abs. 1 eine Straflosigkeit dieser Fälle des Scheinversuchs ohne weiteres. Von diesem Gesichtspunkte aus ist ein Absehen von Strafe in besonders leichten Fällen — auch Fälle des sog. tauglichen Versuchs wären hiebei einbezogen — völlig ungerechtfertigt. Der Scheinversuch ist sowieso nicht strafbar, der Versuch steht an Schuldbewertung nicht so weit hinter der Vollendung, daß sich ein Absehen von Strafe vom Gerechtigkeitsstandpunkte vertreten ließe. Es ist ferner klar, daß man auch beim lächerlichsten Scheinversuch, sogar beim abergläubischen Versuch, nicht immer von einem besonders leichten Fall sprechen kann, wie die Begründung S. 288 meint.[1]) „Denn, wenn jemand zu einem Sympathiemittel greift, braucht deshalb sein verbrecherischer Wille durchaus nicht gering gewesen zu sein". Letzteres wäre aber die Bedingung für die Annahme eines besonders leichten Falles.

Weiter ist nach dem Entwurf unklar, wie weit sich das Versuchsgebiet ausdehnt. Die Abgrenzung von der Vorbereitungshandlung nach dem Muster des geltenden Rechts (Begr. S. 283), dürfte sich mit dem übrigen in der Begründung vertretenen Ansichten nicht mehr aufrecht erhalten lassen. Es wäre ungerecht, den zu strafen, der eine rechtmäßige Handlung mit bösem Willen unternimmt und den straflos zu lassen, der einen objektiv rechtswidrigen Angriff vorbereitet. Beide Fälle dürften sich jedoch mit Rücksicht auf den Unrechtsgehalt die Wage halten.

Der Rücktritt vom Versuch ist im Sinne der subjektiven Theorie geregelt.

Wir sehen also, daß der Vorentwurf mit seinem dualistischen Programm nicht ins Reine gekommen ist, bei der Festsetzung der Versuchsbestrafung. Inkonsequenz charakterisiert ihn in den meisten Bestimmungen. Nicht zu beanstanden haben wir lediglich die obligatorische Strafmilderung und die Ausdehnung der Versuchsstrafe nach oben.

Dadurch, daß der Vorentwurf bei allen Versuchsdelikten alle Nebenstrafen und sonstige Unrechtsfolgen, die bei Vollendung möglich sind, für zulässig erklärt hat, (§ 76 Abs. IV), hat er der im geltenden Rechte bestehenden Unsicherheit abgeholfen. Diese Bestimmung ist zu billigen.[2]) Gegen die Ersetzung der Mußvorschrift durch eine Kann-Vorschrift besteht keine Erinnerung.

b) Der Entwurf 1913. Dieser läßt auch im Gesetzestexte die subjektive Einstellung des Gesetzgebers einwandfrei erkennen. § 29 Abs. I lautet: „Wer den Vorsatz, eine strafbare Handlung zu begehen, durch Handlungen betätigt, welche die Tat zur Ausführung bringen sollen, ist, wenn die Tat nicht vollendet wird, wegen Versuchs zu strafen. Dies gilt auch dann, wenn der Versuch nicht zur Vollendung führen konnte".

[1]) Vgl. Köhler Studien S. 31.

[2]) Vgl. Schötensack, Verbrechensversuch S. 425.

Dieser Abschnitt enthält in der Frage der Versuchsbestrafung folgende Besonderheiten: Das Kriterium einer objektiven Bestimmung des Versuchs ist aufgegeben worden. Alles, was der Täter für einen Anfang der Ausführung hält, ist Anfang der Ausführung im Sinne des Gesetzes. Danach richtet sich die Strafbarkeit des Versuchs. Die praktische Folge ist die Bestrafung von Vorbereitungshandlungen, wenn sie der Täter bereits für Ausführungshandlungen hielt. Gemäß § 30 Abs. 1 ist der Versuch nach § 115 milder zu bestrafen, also gleich den Fällen verminderter Zurechnungsfähigkeit. Die Möglichkeit eines Absehens von Strafe ist auch hier gegeben. Wie überhaupt die Befugnisse des Richters sehr weit ausgedehnt sind. Dies gilt noch besonders nach § 30 Abs. 2, wenn der Versuch unter keinen Umständen zur Vollendung führen konnte. Damit sind Fälle absolut untauglichen Versuches gemeint, deren grundsätzliche Strafbarkeit der Entwurf annimmt.

Nachdem der untaugliche Versuch nun endlich eine gesetzliche Regelung erfahren hat, war eine Bestimmung unerläßlich, ob auch bei dieser Art des Versuches ein strafbefreiender Rücktritt möglich sei. § 31 Abs. 2 begnügt sich hier mit dem „ernstlichen Bemühen" des Täters, den Erfolg abzuwenden. Eine Härte ist es jedoch, wenn derjenige, der die Unsinnigkeit seines Tuns erkannt hat, und deshalb auch sich nicht bemüht, den Erfolg abzuwenden, anders behandelt wird, als derjenige, der die Untauglichkeit seiner Handlung gar nicht merkte und daher Abwendungsmaßnahmen für erforderlich hielt. [1] Unverständlich ist auch die Bestimmung, in § 32 Abs 3, wonach der Rücktritt von einer Vorbereitungshandlung nicht als prinzipiell strafbefreiend erkannt wird. Was für den Versuch gilt, das sollte doch erst recht bei der Vorbereitungshandlung zutreffen.

Im übrigen sind die Bestimmungen über die Ahndung des Versuchs denen des Vorentwurfs nachgebildet. Daß auch die bei der Vollendung zulässigen sonstigen Unrechtsfolgen beim Versuch möglich sind, erschien dem Entwurf 1913 selbstverständlich.

Der Entwurf 1913 hat die Forderungen des Subjektivismus weitgehend verwirklicht, macht aber anderseits bei der Strafzumessung Zugeständnisse an den Objektivismus. Keiner der beiden Schulen ist auf diese Weise gedient. In der Möglichkeit des Absehens von Strafe sehen wir mit Birkmeyer eine Sabotierung der Strafzwecke.

c) Im Entwurf 1919 kommt ebenfalls die subjektive Versuchstheorie mit gewissen Einschränkungen zum Siege. Dies zeigt sich vor allem in der grundsätzlichen Strafbarkeit des untauglichen Versuchs. § 23 Abs. 1 Begründung S. 39. Dem Richter kommt auch hier die Aufgabe zu, das Problem zu lösen, das der Gesetzgeber nicht zu lösen verstanden hat. Mit den Worten des § 24 „konnte der Versuch nicht zur Vollendung führen, so darf das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern", sind die Fälle des tauglichen Versuchs vom sog. untauglichen Versuch nicht richtig abgehoben. Ein objektivistischer Richter wird das Absehen von Strafe auf alle Fälle untauglichen Versuches beziehen können, ein subjektivistischer dagegen wird nur sehr wenig, wenn überhaupt von dieser Befugnis

[1]) Vgl. Beling Methodik S. 159.

Gebrauch machen.[1]) Besonders scharf polemisiert Beling[2]) gegen die vom Entwurf vorgesehene Bestrafung des absolut untauglichen Versuchs. „Indem § 23 ausschließlich auf die Entschlußrichtung beim Täter abstellt, führt er auch solche Handlungen der Strafbarkeit zu, die die Rechtsordnung anstandslos geschehen läßt".[3])

Nicht nur der untaugliche Versuch, auch die Vorbereitungshandlung fällt meist unter die Versuchsstrafe. Eine Unterscheidung von Versuch und Vorbereitung ist trotz Begründung 39 nicht mehr möglich. Handlungen, die die Tat zur Ausführung bringen sollen, können wie bereits erwähnt sehr wohl schon Vorbereitungshandlungen sein.[4])

Die obligatorische Strafmilderung des Versuchs, an der auch Entw. 1919 festhält, § 24 Abs. 1 Begr. S. 38 ist ein Widerspruch zu seiner sonstigen Auffassung. Beling (Meth. 158) ist beizupflichten, wenn er sagt: „Wenn der verbrecherische Entschluß als solcher es ist, der ohne jede Hinzunahme vom Objektiven das „Ob" der Strafbarkeit rechtfertigt, so kann doch folgerichtig auch für das „Wie hoch" der Strafbarkeit nur die Schwere der inneren Seite entscheiden und man sucht vergeblich, wie dabei auf einmal die objektive Seite bedeutsam werden soll." Zu einer so weitgehenden Strafmilderung, wie sie auch § 24 mit 111 vorsieht, haben wir uns bereits bei der Besprechung des Vorentwurfs geäußert. Zu erwähnen sind die zutreffenden Ausführungen in „Vorschläge zum Entwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, ausgearbeitet von dem Strafrechtsausschuß der Münchner juristischen Studiengesellschaft" 1922 S. 24: Hier wird die Gleichstellung des Versuchs mit anderen Strafmilderungsgründen als von vornherein bedenklich bezeichnet. „Der, dessen verbrecherisches Tun durch äußere Umstände der Erfolg versagt blieb, steht auf höherer Stufe der Strafbarkeit als der, dessen Fähigkeit, sein Unrecht einzusehen, und seinen Willen zu bestimmen, durch Bewußtseinsstörungen, Krankheit etc. in hohem Grade vermindert war.

Dem Vorschlag Belings (Meth. S. 160), den absolut untauglichen Versuch einfach als delictum sui generis zu fassen, stimmen wir nur mit der Einschränkung zu, daß solche Fälle nicht gestraft werden dürfen, soweit sie kein Unrecht, soweit sie keinen rechtswidrigen Angriff darstellen. Nur eine Verwahrung dürfte nötigenfalls am Platze sein. Wir verweisen auf frühere Ausführungen.

An der nur teilweisen Bestrafung der Vergehensversuche und der Nichtahndung der versuchten Uebertretung hat, wie die vorhergehenden Entwürfe auch Entwurf 1919 festgehalten, zu Unrecht, denn ebenso wie eine obligatorische Strafminderung, ist dieses Vorgehen vom subjektiven Standpunkte aus unmotiviert, wenn sich die Schwere des Unrechts nur aus der Willensseite erkennen läßt. In der Bestrafung der Vergehensversuche fehlt auch jetzt noch ein System.

---

[1]) Vgl. Hippel die allgem. Lehre vom Verbrechen in den Entwürfen II. Teil z. Str. W. 42 S. 527, „das verstößt gegen den Grundsatz der Gerechtigkeit, daß gleiches mit gleichem Maßstabe zu messen ist".
[2]) Methodik S. 155 ff. (158).
[3]) Vgl. Gerland krit. Bem. S. 41.
[4]) Vgl. Graf zu Dohna in Reform Versuch S. 95. Beling Meth. S. 157.

Die Bestimmungen des Entwurfs 1913 § 31 sind in § 25 Entw. 1919 übernommen worden, auch die Bestimmungen über Rücktritt vom untauglichen Versuche.

Der Satz des § 111 E. 19 „auf Nebenstrafen und Nebenfolgen, sowie auf Maßregeln der Besserung und Sicherung kann auch neben der gemilderten Strafe erkannt werden", würden wir hinsichtlich der Sicherungsmaßregeln auch auf Fälle erweitern, wo von Strafe abgesehen wird. Denn wenn der untaugliche Versuch vom Entwurf als „Verbrechen" behandelt wird, aber aus praktischen Erwägungen von Strafe abgesehen wird, so ist die Ansicht nicht von der Hand zu weisen, daß auch in einem besonders leichten Falle Sicherungsmaßregeln am Platze sein könnten.

d) Der Entwurf 1925 hat die Tendenz, die Forderungen der modernen Schule im großen Stile zu verwirklichen, er steht dabei auch im Gegensatz zu den bisherigen Entwürfen; doch ist er mit seiner Aufgabe nicht fertig geworden.[1]) Er ist, wie Nagler[2]) scharf betont, besonders in seinem Fundamente nicht frei von Bestimmungen, die auf ein Schuldstrafrecht schließen lassen. „Denn wenn das Verbrechen als Realgrund der Strafe entwickelt wird, wenn in einem wohlgegliederten Aufbau der besondere Teil die einzelnen Lebensvorgänge nach typischen Merkmalen unter genauer Abstufung der Strafen wertet, wenn das Schuldprinzip, (keine Strafe ohne Schuld) durchgeführt wird und ein System der sichernden Maßnahmen sich in begrifflicher Schärfe von der Rechtsstrafe gegensätzlich abhebt, so nötigt das alles dazu, „im Einzelfall die Schuldgröße zu ermitteln und danach die Strafe zu bemessen".

Nun kommt aber § 67, der mit seiner Bestimmung: „bei Zumessung der Strafe soll das Gericht abwägen, in wieweit die Tat auf einer verwerflichen Gesinnung oder Willensneigung des Täters und wieweit sie auf Ursachen beruht, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichen" reines Gesinnungsstrafrecht bringt, reine Spezialprävention. Vgl. dazu Begr. S. 50: „Die Wahrscheinlichkeit der Wiederholung" solle der Richter erwägen, je verwerflicher die Gesinnung des Täters sei, je mehr die Tat durch den Charakter des Handelnden bestimmt sei, desto höher müsse die Strafe ausfallen, „je geringer der Anteil, ist, den der Charakter des Täters an der Tat hat, je mehr sie auf Ursachen beruht, die dem Wesen des Täters fremd sind, die ihm nicht zum Vorwurf gereichen", desto milder ist zu strafen. Vgl. dazu §§ 15 und 76. „Wir haben also das ergötzliche Bild einer Gefährlichkeitshaftung auf dem Grundstock einer Schuldhaftung, einen jähen Wechsel der Leitprinzipien, in Fragen, die gleich behandelt werden müßten. Mit Recht bezeichnet Nagler die Strafe des Entwurfs als „Bastardstrafe", ein Strafrecht in dieser Form als praktisch undurchführbar.

Die Schwäche des Entwurfes zeigt sich auch besonders bei den speziellen Bestimmungen über Versuchsbestrafung. Auch hier soll ein Gesinnungsstrafrecht verwirklicht werden und doch kann

[1]) Lilienthal hält den E. für folgerichtig.

[2]) Die Strafzumessung nach den amtlichen Entwürfen in G. S. 94 (1927) S. 85 ff.

sich der Gesetzgeber z. T. nicht vom Gedanken des Schuldstrafrechts freimachen.

An Stelle obligatorischer Strafmilderung tritt eine fakultative § 23 Abs. 2. Der Grundsatz der Gleichbestrafung von Versuch und Vollendung, eine Forderung der Modernen hat damit Eingang in den Gesetzentwurf gefunden. Das Ausbleiben des Erfolges soll den Täter nicht hindern dürfen, gleich der Vollendung zu strafen. Gegen dieses Vorgehen des Entwurfes wendet sich vor allem Köhler.[1]) Graf zu Dohna[2]) legt dieser Bestimmung keinen Wert bei, da sie praktisch ohne Bedeutung sei. Für Versuchsfälle käme trotzdem die Höchststrafe nicht zur Anwendung. Lediglich, weil das Volk vielleicht eine solche Bestimmung nicht verstehen würde, wäre sie besser wegzulassen, „denn starke Gefühlswerte soll der Gesetzgeber nicht ohne Not verletzen."

Auch der sog. absolut untaugliche Versuch bildet keine Ausnahme mehr in der Bestrafung. (Wir erinnern an die Forderungen Kollmanns).

Bis hierher geht der Entwurf ganz folgerichtig vor. Unverständlich ist es jedoch, wenn er generell, Straflosigkeit vorsieht „wenn der Täter die Tat aus grober Unwissenheit über Naturgesetze an einem Gegenstand oder mit einem Mittel versucht hat, an oder mit dem die Tat überhaupt nicht ausgeführt werden kann". Abgesehen von rein äußeren Momenten — diese Formulierung ist ungeeignet, Arten des sog. absolut untauglichen Versuchs abzugrenzen vgl. Kohlrausch in Reform S. 29 — kann ein Versuch mit metaphysischen Mitteln, ferner der Abtreibungsversuch einer Nichtschwangeren, die einem Manne nur einen Kuss gewährt hat und sich für schwanger hält, schließlich der Abtreibungsversuch einer Schwangeren, die mit völlig harmlosen Mitteln ihre Frucht beseitigen wollte, eine äußerst verwerfliche Gesinnung, aber auch Gefährlichkeit der Täterin an den Tag legen. Die Ausführungen der Begründung S. 23, es fehle hier an der Gefährlichkeit des Täters, ein „besonderes Maß von Ungefährlichkeit" des Täters sei diesen Fällen eigen, ist also ein Fehlschluß.

Auch die Begrenzung der möglichen Strafen auf Grund der objektiven Schwere der Straftaten im Sinne des § 72, der gemäß § 23 Abs. 1 auch die mildere Bestrafung des Versuchs regelt, wenn der Richter von dem Rechte, auf Höchststrafe zu erkennen, keinen Gebrauch macht, die Fixierung verschiedener Strafrahmen für objektiv schwere oder leichte Verbrechen dürfte der Entwurf nicht vornehmen. Die Strafzumessungsvorschriften des § 67 allein müßten ihm genügen. § 72 enthält als solcher einige Bestimmungen, die wir bereits in den bisherigen Entwürfen als Fortschritt im Sinne des Vergeltungsstrafrecht bezeichneten, im allgemeinen ist aber auch hier noch, besonders bei Bestrafung von Vergehensversuchen, ein viel zu weites richterliches Ermessen zugelassen. Das in den vorhergehenden Entwürfen traditionell gewordene „Absehen von Strafe in besonders leichten Fällen" hat der Gesetzgeber für den Versuch nicht

[1]) G. S. 96 S. 168 Anm. 1.
[2]) Versuch in Reform S. 100, 101.

für notwendig gehalten. Vgl. § 75 Abs. 1 Satz 2. Dagegen Grünhut,[1]) der diese Bestimmung für unentbehrlich hält, mit Rücksicht auf Grenzfälle, „in denen mit Strafe mehr Unheil als Nutzen erreicht wird."

An sonstigen Unrechtsfolgen des Versuchs kommen nach dem Entwurf die Maßregeln der Besserung und Sicherung im VII. Abschnitt §§ 42 bis 62 in Frage, soweit nicht der Versuch solche Maßregeln sinngemäß ausschließt. (Unter diesen Sicherungsmaßregeln finden wir bisherige Nebenstrafen und Nebenfolgen.) Maßnahmen die nur für den Versuch Anwendung fänden, gibt es nicht. Prinzipiell kann jedes Unrecht, sei es Versuchs-, sei es Vollendungsunrecht, Sicherungs- und Besserungsmaßnahmen veranlassen.

Eine eingehende Prüfung der Bestimmungen des Entwurfes 25 liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit. Vor allem Schötensack und Beling[2]) machen auf Widersprüche und Prinziplosigkeiten in der Bestrafung des Versuchs aufmerksam. In Kohlrausch-Aschrotts Reform 1926 finden sich zahlreiche Einzeluntersuchungen.

II. Abschnitt.

Die Reichstagsvorlage 1927.

Die Reichstagsvorlage bringt zwar keine Wiedereinführung der Vergeltungsstrafe, immerhin aber bemerkenswerte Aenderungen, vor allem in der für uns wichtigen Frage der Ahndung der Versuchsfälle. Das Bestreben, die Bestimmungen des Entwurfs 1925 abzuschwächen ist deutlich erkennbar. Zwar soll auch der Entwurf 1927 Gesinnungsstrafrecht verwirklichen, es ist ihm aber noch viel weniger als dem Entwurf 1925 geglückt. Wir denken hier vor allem an die Bestimmungen der §§ 21 und 69, wonach wieder eine beschränkte Erfolgshaftung eingeführt wird.[3]) Die verschuldeten Folgen der Tat werden als maßgebend für die Strafbemessung bezeichnet und sonderbarer Weise glaubt die Begründung (S. 53) ernstlich, damit eine Forderung des Gesinnungsstrafrechts verwirklicht zu haben; sie glaubt an diesen Folgen ließe sich der Charakter des Täters besser erkennen. Welch eine Verirrung? Für ein Gesinnungsstrafrecht müssen doch die Folgen der Tat außer Betracht bleiben und seien es auch die vorsätzlichen oder fahrlässigen Folgen. Gerade daraus, daß v. Hippel auf der Versammlung der IKV. im September 1926 den hier verwirklichten Antrag stellte, ist ersichtlich, wie wenig diese Bestimmung mit Gesinnungsstrafrecht zu tun hat.

Speziell im Versuchsgebiet begegnen wir einer Reihe ähnlicher Prinziplosigkeiten: Der Entwurf kennt zwei Arten des Versuchs, die er in der Frage der absoluten Strafbarkeit des Versuchs nicht, in der der relativen Strafbarkeit des Versuchs dagegen teilweise s. § 26 Abs. 3 sondert. In § 26 Abs. 1 erfahren wir, was strafbarer Versuch sein soll. Es ist die Betätigung des Entschlusses, eine mit Strafe bedrohte Tat zu begehen, durch Handlungen, die den Anfang der Ausführung bilden oder nach dem Sachverhalt den

[1]) Die Stellung des Richters im künftigen deutschen Stafrecht Mon. Krim. Psych. 18. Jahrg. S. 18.
[2]) G. S. 91 S. 395 ff. und 360 ff.
[3]) Dagegen Aschaffenburg in Mon. Krim. Psych. 18. Jahrg. S. 503.

der Täter sich vorstellt, bilden würden. Die Besonderheit liegt im 2. Halbsatz, der 1. Halbsatz ist dem geltenden Rechte entnommen. Für grundsätzlich strafbar sind erklärt sowohl die Fälle des Versuchs mit tauglichen, wie solche des Versuchs mit völlig untauglichen Mitteln, am tauglichen wie am untauglichen Objekte, Fälle des abergläubischen Versuchs und des Mangels a. T. soweit man sie nicht vom Versuch unterscheidet. An einigen Beispielen erhärtet, ergibt sich folgendes Bild: strafbar ist der Schuß ins leere Zimmer, in dem der Täter einen Menschen vermutet, der Pistolenschuß, wenn der Täter auf große Entfernung den X. zu treffen glaubt, der sich aber an dieser Stelle gar nicht befindet, der Abtreibungsversuch der Nichtschwangeren mit einem völlig untauglichen Mittel. Strafbar ist ferner, wer seinen eigenen Schirm wegnimmt, im Glauben er stehle einen fremden und wer glaubt durch Zaubersprüche den verhaßten Gegner aus der Welt schaffen zu können. Strafbar ist schließlich der Witwer, der in dem Glauben, seine Frau lebe noch, eine Ehe eingeht, der Nichtbeamte, der glaubt ein Beamtendelikt zu begehen. Kurz es läßt sich kein Fall in der Kategorie des untauglichen Versuchs und des Mangels am Tatbestande denken, der nicht grundsätzlich der Strafe verfiele. Eine Ausnahme bilden allein Fälle des Wahnverbrechens, wenn der Täter glaubt eine strafbare Handlung zu begehen, die jedoch auch nach dem Sachverhalt, den er sich vorstellt, keinen Anfang der Ausführung des Verbrechens darstellen, weil es an einem Gesetz fehlt, das so vorgestellte Handlungen bedrohen würde, z. B. Fluchen.

Die Abgrenzung der strafbaren Versuchsfälle von den auch nach dem Entwurfe straflosen Vorbereitungshandlungen hat der Entwurf ebenso wie das geltende Strafgesetzbuch geregelt. Diese ist jedoch im Zusammenhang mit der übrigen Lehre eine weitere Versündigung gegen den Gerechtigkeitsgedanken. Will man schon nicht rechtswidrige Handlungen mit Strafe belegen, so läge es doch nahe, hier denjenigen zu strafen, der sich einen Revolver kauft, der beim Apotheker Gift herausschmuggelt, um den X zu töten, als den, der lächerliche Versuche unternimmt, eine strafbare Handlung zu begehen. Die Gesellschaft hat von dem ersteren weit mehr zu befürchten, als vom letzteren. Im übrigen verweisen wir auf unsere Vorbemerkungen.

Die folgenden Bestimmungen gelten für den tauglichen Versuch genau so wie für den erwähnten Fall des Nichtversuchs: das Prinzip der generellen Bestrafung von Verbrechensversuchen, der Bestrafung von Vergehensversuchen in einzelnen Fällen (§ 26 Abs. 1 Satz 1 und 2) und der Strafloslassung der versuchten Uebertretung (§ 379) ist beibehalten worden. Die generelle Straflosigkeit des Versuchs der Uebertretung wird auf Seite 175 Begr. mit „der Geringfügigkeit des Rechtsbruchs" begründet. Ueber den inneren Grund der Straflosigkeit von einzelnen Vergehensversuchen (Körperverletzung, Sachbeschädigung) gibt die Begründung S. 163 keinen Aufschluß. Sollte der Versuch der Körperverletzung oder Sachbeschädigung etwa kein Zeugnis antisozialer Gesinnung geben können? Im übrigen ist die Zahl der strafbaren Vergehensversuche erheblich erweitert worden, teilweise deshalb, weil

verschiedene Delikte, die bisher als Verbrechen behandelt wurden, als Vergehen gelten.

Anerkannt, das Strafbedürfnis geht wirklich so weit, so muß doch der Gesetzgeber gerecht vorgehen. Er darf nicht bei gleichem Unrecht einmal strafen, einmal straflos lassen. Der Entwurf hat zwar schon manche Inkonsequenz früherer Entwürfe, auch des Reichsstrafgesetzbuchs ausgeglichen. Eine befriedigende Lösung läßt sich aber wohl auf die Art, wie der Gesetzgeber verfährt, nicht finden. Ist z. B. derjenige, der einen anderen am Körper zu verletzen, körperlich zu mißhandeln oder an der Gesundheit zu schädigen sucht, nicht genau so strafwürdig, wie der, der jemand der Freiheit zu berauben sucht. Vergl. §§ 259 und 275 Strafbar ist nach dem Entwurf der Versuch der Unterschlagung, der der Untreue in der Regel nicht (§§ 333 und 348.) Nicht strafbar ist der Versuch des Frauenraubes (§ 276 Abs. 1) der Aussetzung außer in besonders schweren Fällen; der Versuch der Nötigung § 279 ff. ist dagegen strafbar. Man kann sich bei dieser Regelung des Eindrucks nicht erwähnen, daß sie willkürlich vorgenommen ist. Weit mehr würde uns die Lösung des Gegenentwurfs 1911 entsprechen § 72 Abs. 2, wonach der Versuch eines mit nicht mehr als 6 Monaten Gefängnis bedrohten Deliktes straflos bleiben sollte.

Die relative Strafbarkeit des Versuchs hat ebenfalls eine vielfach andere Gestaltung als im geltenden Rechte bekommen.

Der Grundsatz der obligatorischen Strafmilderung ist wieder beibehalten in § 26 Abs. 2, doch ist die Regelung der Bestraganz anders als bisher.

Die Höchststrafe des Versuchs ist meist niedriger als die nach geltenden Recht. Lediglich falls lebenslanges Zuchthaus bezw. Einschließung (Ersatz für Festungsstrafe) angedroht ist, ist die Strafe des Versuchs wie in § 44 Abs. 2 und 3 R.St.G.B. im Höchstfalle 15 Jahre Zuchthaus bezw. Einschließung. §§ 73, Satz 1, 35, 72. Eine Verschärfung finden wir bei Mordversuch. Hier kann und dies mit Recht jetzt auch auf lebenslanges Zuchthaus (Einschließung) erkannt werden.

Im übrigen ist die Obergrenze der Versuchsstrafe bei zeitiger Freiheitsstrafe dreiviertel des angedrohten Höchststrafmaßes § 73 Satz 2.

Sind also 15 Jahre Zuchthaus angedroht, (bei schwersten Verbrechen z. B. § 86 Abs. 1 und 246 Abs. 2) so beträgt die obere Strafgrenze 11 Jahre 3 Monate Zuchthaus statt 14 Jahre und 11 Monate nach geltendem Rechte.

Sind 15 Jahre Einschließung gemäß § 72 möglich, so ist die Versuchsstrafe 11 Jahre 3 Monate gegenüber 14 Jahren 11 Monaten und 29 Tagen Festungsstrafe nach R.St.G.B.

Ist die höchstzulässige Gefängnisstrafe (§ 35 Abs. 2) angedroht, so ist die obere Grenze des Versuchsstrafrahmens 3 ¾ Jahre Gefängnis, während nach R.St.G.B. 4 Jahre 11 Monate 29 Tage möglich waren.

Die bei den zeitigen Freiheitsstrafen vorgesehene obligatorische Milderung der Höchststrafe tut des Guten zu viel. Uns würde

das Herabgehen jeweils um 1 Strafeinheit genügen. Umso auffälliger wird diese weiter als im geltenden Rechte gehende Milderung, als doch gerade ein Schutzstrafrecht grundsätzlich Gleichbestrafung von Versuch und Vollendung verlangen muß. Im allgemeinen werden wir ja zugeben müssen, daß für ein Strafrecht, wie es der Entwurf verwirklichen will, wonach die Tat das Symptom der verbrecherischen Gesinnung bedeutet, tatsächlich der Versuch schwerer Verbrechen verhältnismäßig weit mehr bestraft werden muß als der geringerer Delikte.

Die untere Grenze des Versuchsstrafrahmens ist bei absoluter und unteilbarer Strafdrohung die gleiche wie de lege lata. Vergl. § 73 Satz 1 des E und § 44 Abs. 2 und 3 R.St.G.B.

Bei zeitiger Freiheitsstrafe gilt folgendes Schema:

Ist zeitige Zuchthausstrafe angedroht, so kann im Versuchsfalle auf Gefängnis erkannt werde und zwar auf Gefängnis von 5 Jahren bis zu 3 Monaten § 73 Satz 4, § 35 Abs. 2.

Nach R.St.G.B. ist hier die Anwendung einer milderen Strafart prinzipiell mit Recht ausgeschlossen. Denn, wenn auch nur ein Versuch vorgekommen ist, so ist doch die Art des Unrechts bei Versuch und Vollendung die gleiche. Qualitativ ergibt sich kein Unterschied, nur quantitativ, der aber nicht so weit geht, eine andere Strafart zu rechtfertigen. Bei ganz schweren Verbrechen ist es vom Standpunkte der Gerechtigkeit undenkbar, den mit entehrender Strafe zu belegen, der ein schweres Verbrechen begangen hat, während bei dem, der es nur versuchte, mildere Strafart und sei es auch nur alternativ in Anwendung käme. Das Nichteintreten des Erfolges, — durch das objektive Geschehen unterscheidet sich doch die Vollendung vom Versuch, während die subjektive Seite oft dieselbe ist — rechtfertigt eine solche Bestimmung nicht. Wir denken dabei an den Versuch im Sinne eines rechtswidrigen Angriffs auf ein Rechtsgut.

Da der Entwurf eine subjektive Versuchstheorie befolgt, die auf objektives Geschehen, wie wir gesehen haben, hier keinen Wert legt, nach subjektiven Gesichtspunkten jedoch jeder Versuch gleichzustellen ist, so ist das Vorgehen des Entwurfes unmotiviert. Sollte es etwa ein Zugeständnis sein, daß der E 1927 seiner legalisierten Theorie der Gleichheit von Versuch und Nichtversuch selbst nicht traut, auch wenn kein Fall weitgehender Milderung nach § 26 Abs. 3 ersichtlich ist?

Wenn nach dem R.St.G.B. eine Umwandlung von Zuchthausstrafe nach § 44 Satz 2 vorgeschrieben ist, so soll das nicht etwa bedeuten, daß ein anderes Unrecht vorliege, das andere Strafe nach sich zieht; es ist lediglich ein Notbehelf, da der Gesetzgeber Zuchthausstrafe unter einem Jahr nicht für zulässig erachtete.

Ist Einschließung nach § 72 statt Zuchthaus bezw. Gefängnis gestattet, so tritt die entsprechende Strafe der Einschließung an die Stelle der ursprünglichen Strafe auch im Versuchsfalle.

Bei Androhung von Gefängnisstrafe für Vergehen ist durchwegs die niedrigste Freiheitsstrafe von einer Woche Gefängnis bezw. Einschließung zulässig, § 73 Satz 5 § 35 Abs. 2 und § 72. Kann der Strafzweck durch eine mildere Strafe erreicht werden, so

ist an Stelle einer verwirkten Freiheitsstrafe von höchstens 3 Monaten, Geldstrafe nach § 37 angebracht.

Gegen diese Regelung haben wir nichts einzuwenden. Bei geringfügigen Delikten und als geringfügig dürfen wir den Versuch eines Vergehens bezeichnen, ist der Nutzen einer geringen Freiheitsstrafe höchst fragwürdig. Der Entwurf hat mit Recht nicht mehr Freiheitsstrafen unter einer Woche zugelassen und auch diese soll durch Geldstrafe ersetzt werden können. Vgl. Begründung S. 55.

Ganz neu ist schließlich die Bestimmung des § 73 Satz 3 falls ein erhöhtes Mindestmaß angedroht ist, z. B. in § 93 Abs 2 § 95, § 176, so soll auf das gesetzliche Mindestmaß herabgegangen werden können, also auf 1 Jahr Zuchthaus oder Einschließung, eine Woche Gefängnis oder Einschließung.

Wir geben hier der Regelung des Reichsstrafgesetzbuchs den Vorzug, das eine proportionelle Teilung der Mindeststrafe vornimmt und damit auch dem Charakter des Delikts mehr Rechnung trägt. Ist es nicht ungerechtfertigt, wenn z. B. in § 95 E. ausdrücklich der Normalfall von den besonders schweren Fällen getrennt wird und für den Versuchsfall auf einmal kein Unterschied mehr bestehen soll?

Die bisher dargetanen Milderungsvorschriften beim Versuch betreffen, wie erwähnt, jede Art von Handlungen, die nach § 26 Abs. 1 Versuch sein sollen.

Für einen größeren Komplex von Versuchshandlungen, die der Gesetzgeber scharf von dem sonstigen Versuch unterscheidet, sind jedoch weitest gehende Milderungen, ja Absehen von Strafe zugelassen.

§ 26 Abs. 3 bestimmt „konnte der Versuch schon wegen der Art des vom Täter ausersehenen Mittels oder Gegenstandes überhaupt nicht zur Vollendung führen, so kann das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern. In besonders leichten Fällen kann es von Strafe absehen". Die Begründung S. 24 erklärt hiezu, man sei, da man einerseits nicht jeden untauglichen Versuch straflos lassen wollte, es anderseits aber keine feste Grenze zwischen Fällen absolut untauglichen Versuchs, deren Straflosigkeit zu befürworten sei, und solchen, deren Strafbarkeit gefordert werden müsse, zu dieser Regelung genötigt gewesen. Daß damit die ganze Unterscheidung, die dem Gesetzgeber nicht geglückt ist auf den Richter abgeschoben wird, hält, wie es scheint, der Gesetzgeber für unbedenklich. Oder soll der Richter etwa rein gefühlsmäßig entscheiden? Damit ginge die Einheitlichkeit der Rechtssprechung verloren. Ueberhaupt nicht erwähnt werden die Fälle des sog. M. a. T., soweit nicht absolut untaugliche Handlungen darunter fallen. Wir denken hier z. B. an Fälle des untauglichen Subjektes. Kurios ist es, den Witwer, der zwar glaubt, seine erste Frau lebe nicht mehr, der aber ohne feste Gewißheit ihres Todes eine zweite Ehe schließt (dolus eventualis) wegen Versuch der Bigamie nach §§ 310 Abs. 1, 26 Abs. 2, 73 Satz 4 mit 3 Monaten Gefängnis im besten Falle zu strafen, während derjenige, der einen harmlosen Farbstoff für Gift hält und dieses vermeintliche Gift in die Tasse

des X schüttet, mit Geldstrafe wegkommen kann, ja sogar von Strafe verschont bleiben kann.

Ebenfalls unbeachtet sind die Fälle im Gesetz geblieben, bei denen es an demjenigen „zeitlichen, räumlichen und gegenständlichen „Milieu" fehlt, das laut Inhalt des betreffenden Tatbestandes erforderlich ist". Vgl. Beling Grundz. S. 86.

Wer bei einer fremden Macht Waffendienste leistet, im Glauben, diese sei eine dem deutschen Reiche feindliche Kriegsmacht, der erhält gemäß § 95 mit §§ 26 Abs. 2, 73 Satz 3 wegen Versuchs mindestens 1 Jahr Zuchthaus, wenn die fremde Macht neutral ist, oder gar kein Krieg ausgebrochen ist. Wer einen Meineid leisten will, aber tatsächlich die Wahrheit beschwört, wird nach §§ 184 Abs. 1, 26 Abs. 3, 73 Satz 4, mindestens mit 3 Monaten Gefängnis bestraft, ebenso wie der, der bei Wegnahme seines eigenen Mantels, den er für einen fremden hielt, eine Waffe bei sich führte, um einen persönlichen Widerstand zu überwinden. § 330 Abs. 2.

Diese Fälle lassen sich beliebig vermehren.

Ein Recht, den einen Fall eines Scheinversuchs (auch Versuch mit absolut untauglichen Mitteln und untauglichem Objekte kann darunter fallen) milder zu bestrafen, den anderen härter, den einen straflos zu lassen, den anderen nicht, müssen wir entschieden verneinen. Die Bestimmung des § 26 Abs. 3 ist lediglich als Versuch einer Definition absolut untauglicher Versuchsfälle zu betrachten und zwar als äußerst mißglückter.

Abgesehen von den Gruppen von Scheinverbrechen, die hier unberücksichtigt bleiben, obwohl sie nach § 26 Abs. 1 als Versuch zu betrachten sind, ist die Definition nicht dazu angetan, Handlungen mit absolut untauglichen Mitteln und am absolut untauglichen Objekte von solchen mit relativ untauglichen Mitteln und relativ untauglichem Objekte reinlich zu scheiden, wie die Begründung so sicher glaubt. Der Entwurf hat nichts getan als eine Differenzierung in dem Gesetzestext aufgenommen, die wir an anderer Stelle als völlig unbrauchbar zurückweisen mußten. Wann kann man sagen, ein Versuch könne wegen der Art des Mittels überhaupt nicht zur Vollendung führen? Wenn der A. den B. totzubeten versucht? O nein, das Mittel kann unter Umständen zum Ziele führen, wenn der B. am Schrecken stirbt. Zucker ist doch gewiß ein harmloses Mittel, trotzdem schließt es die Tötung eines Menschen nicht aus. Der Zuckerkranke kann an Genuß von Zucker sterben, ebenso wie das neugeborene Kind, dessen Magen noch nicht Zucker verdauen kann. Unter dem Begriff nach § 26 Abs. 3 fielen also auch relativ untaugliche Versuchshandlungen. Dies lag aber wohl am wenigsten in der Absicht des Gesetzgebers.

Aus der Begriffsbestimmung des § 26 Abs. 3 Satz 1 ist ersichtlich, daß nicht einmal alle Fälle, die gemeinhin als sog. absolut untauglicher Versuch verstanden werden zur Anwendung eines geringeren Strafmaßes berechtigen sollen. Die Begründung S. 25 behauptet zwar „für das ganze Gebiet des absolut untauglichen Versuchs" habe das Gesetz Milderung zugelassen. Dem ist jedoch nicht so.

§ 26 Abs. 3 kommt offenbar zur Anwendung, wenn jemand ein harmloses Pulver für Gift hält und damit den Gegner töten will, wenn A. mit einer Kinderpistole den B. erschießen will, oder wenn er ihn mit Sauerstoff vergiften will, weil er glaubt, Sauerstoff sei ein Giftgas.

Der normalen Versuchsstrafe ist dagegen die Köchin verfallen, die sich vergreift und Zucker oder Salz in die Speisen ihrer Rivalin mengt, statt des ausersehenen Strichnins oder die vom Apotheker, der ihren Plan durchschaute, statt des gewünschten Giftes ein unschädliches Mittel erhielt, das sie nun anwendet.

Aenlich ist es mit Rücksicht auf das auserkorene Objekt: absolut untauglich ist offenbar nach § 26 Abs. 3 der Mordversuch an einem Leichnam. Setzt man jedoch an Stelle des Wortes „Leichnams" toter Mensch, so kann man nicht mehr sagen, die Art des Objektes war so, daß der Versuch unter keinen Umständen glücken konnte, lediglich die Beschaffenheit des Gegenstandes war die Ursache des Scheiterns des Planes, nicht seine Art (Mensch).

Nicht unter § 26 Abs. 3 fällt dagegen der Schuß auf einen Weidenstumpf, der irrtümlich für einen Menschen gehalten wurde, das Halten eines Streichholzes an die Felswand im Glauben es sei des Nachbars Haus u. a. Das ausersehene Objekt (Mensch, bewohntes Gebäude) ist in jedem dieser Fälle ein durchaus geeignetes Objekt für die Handlungsweise des Täters, nur war eben das tatsächlich betroffene Objekt ein anderes. Absolut untauglich ist nicht einmal der Versuch am nichtexistierenden Objekt, wenn sich nur der Täter ein existierendes, an dem der Erfolg eintreten konnte, vorgestellt hat.

Wir sehen, § 26 Abs. 3 kommt in den seltensten Fällen zur Anwendung, nur wenn eine gewisse Tauglichkeit des Planes vorhanden ist, während die überwiegende Zahl der sog. absolut untauglichen Versuchshandlungen, wie der „taugliche" Versuch behandelt werden muß. Anders wäre es, wenn an die Stelle des Wortes „ausersehen" das Wort „benutzt" gesetzt worden wäre und nach dem Passus „oder angegriffenen" stehen würde. Dann würden auch die aufgezeigten Handlungen darunter fallen.

Nur bei einem einzigen Versuch soll nach dem E. der Richter an die in § 26 Abs. 3 und auch im § 73 gegebenen Richtlinien der Bestrafung nicht gebunden sein. Nämlich bei Versuch der Abtreibung nach § 254 Abs. 3. Hier kann der Richter in besonders leichten Fällen, auch wenn kein absolut untauglicher Versuch im Sinne des § 26 Abs. 3 vorliegt, von Strafe absehen. Mit dieser Ausnahmebestimmung ist jedoch nichts gebessert. Warum gerade dieser Versuch ein Privilegium besitzt verstehen wir nicht, da andere, vom Gesetz grundsätzlich strafbar erklärte Versuchsfälle doch oft sicher ebenso geringfügig sein dürften, wie ein harmloser Versuch der Abtreibung.

§ 76, der bestimmt: ein „besonders leichter Fall" liege vor, „wenn die Schuld des Täters so gering und die Folgen der Tat so unbedeutend sind, daß kein Bedürfnis für eine Bestrafung besteht" dürfte in den wenigsten Versuchsfällen passen, z. B. es hat der Bauer geglaubt er könne seinen Nachbarn totbeten. Hier ist seine Schuld

enorm (er will ja den Tod eines Menschen) die Tat hat aber in der Regel überhaupt keine Folgen. Trotzdem liegt strafbarer Mordversuch vor. Die Strafe liegt im Ermessen des Richters, er kann sich aber auch an die härteren Vorschriften des § 73 halten. Trotzdem würde doch jedermann ein Absehen von Strafe für selbstverständlich halten. Nimmt man mit uns Schuld nur an, wo eine rechtswidrige Handlung vorliegt, die rechtswidrige Handlung als Sustrat der Schuld, sieht man ab, den nicht verwirklichten Willen des Täters als Schuld zu bezeichnen, so wäre allerdings die Sache einfach. Ein Gesinnungsstrafrecht muß jedoch Schuld als Gesinnung verstehen. Die Gesinnung des Totbeters ist meist sehr verwerflich.

Neben der Hauptstrafe können beim Versuch eine große Reihe weiterer Unrechtsfolgen in Betracht kommen. Eine besondere Bestimmung über die Möglichkeit solcher weiterer Folgen beim Versuch ist bei den Versuchsvorschriften nicht zu finden. Es kommen also alle Folgen in Anwendung die bei Vollendung zulässig sind, soweit sie nicht sinngemäß ausgeschlossen sind.

Die Wiedereinführung des Abschnittes: Nebenstrafen und Nebenfolgen (gegenüber dem E. 1925) bringt eine Rückkehr zu geltendem Recht. Beim Versuch sind möglich:

Verlust der Amtsfähigkeit (teils obligatorisch, teils fakultativ vorgeschrieben) §§ 46, 47, 48, Verlust des Wahl- und Stimmrechts nach § 49 Abs. 2, 3 und 4. Diesen Bestimmungen liegt wie die Begründung S. 39 hervorhebt, der Gedanke zugrunde, daß der Täter eines schweren Verbrechens unwürdig ist öffentliche Aemter zu bekleiden, Wahl- und Stimmrecht auszuüben usw. Aber auch Schutz soll der Gesellschaft zuteil werden vor dem gefährlichen Rechtsbrecher. In diesen Fällen spielen also Straf- und Sicherungszwecke herein. Weiter sind möglich, die Bekanntmachung der Verurteilung nach § 51 und die Einziehung nach §§ 52 bis 54. Sie dürften hauptsächlich als Nebenfolgen ohne beabsichtigten Strafcharakter anzusehen sein. So sagt Begründung S. 41 zu § 51. Der Zweck ersterer Folge sei die Beachtung eines schutzbedürftigen Interesses des Verletzten, insbesondere wenn durch die strafbare Handlung sein guter Ruf beeinträchtigt wurde. Bei den Fällen der Einziehung ist zwar Strafcharakter anzunehmen, vergl. Begründung zu § 52 bis 54 S. 41, es überwiegt jedoch der Sicherungszweck. „Die Einziehung oder Unbrauchbarmachung wird daher immer dann auszusprechen sein, wenn es gilt, eine von der Sache drohende Gefahr abzuwenden".

Reinen Besserungs- und Sicherungszweck haben die Maßregeln der §§ 55 bis 64. Beim Versuchsdelikt kommt in Frage: Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt. Auch bei Freisprechung bezw. Absehen von Strafe kann diese Maßnahme zur Sicherheit der Allgemeinheit angewandt werden. § 56.

Des weiteren ist möglich die Unterbringung eines Trunksüchtigen, der in Trunkenheit einen Versuch begangen hat in einer Trinkerheilanstalt oder in einer Erziehungsanstalt § 57, Sicherungsverwahrung gegenüber einem Gewohnheitsverbrecher nach § 59, Schutzaufsicht nach § 61, (Polizeiaufsicht ist nicht mehr vorgesehen) und Reichsverweisung nach § 64.

Dieser prinzipiellen Trennung von Maßregeln mit und solchen ohne Strafcharakter ist beizustimmen. Auch bei dem Täter, der freigesprochen wird, liegt evtl. die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen im Interesse der Allgemeinheit.

Für den Rücktritt vom Versuch „aus freien Stücken", vom beendeten wie vom unbeendeten Versuch sieht auch der Entwurf § 27 Straflosigkeit vor. Kriminalpolitische Gründe sind der Anlaß dazu. Auch der Rücktritt vom untauglichen Versuch und der vom fehlgeschlagenen, solange der Täter das nicht weiß, macht nach Abs. 3 des § 27 noch straflos, falls der Täter sich ernstlich bemühte, die Ausführung oder den Erfolg abzuwenden.

Ist eine Vorbereitungshandlung oder Versuchshandlung schon ein selbständiges Delikt, so ist im allgemeinen, wie die Begr. S. 26 ausdrücklich betont, kein strafbefreiender Rücktritt mehr möglich. Z. B. bei §§ 118, 119, 211, 220. Soll ein solcher zugelassen werden, so trifft das Gesetz eine eigene Bestimmung. Vgl. §§ 88 Abs. 3, 144 Abs. 2, 175 Abs. 4, 176 Abs. 4, 188 Abs. 3 u. a. Eine willkürliche Regelung.

Einzelne offenkundige Fehler in der Reichstagsvorlage wurden in der ersten Lesung des Ausschusses geändert.

So hat der Ausschuß dem § 26 Abs. 3 folgende Aenderung gegeben: „Konnte der Versuch schon wegen Fehlens besonderer Eigenschaften oder Verhältnisse, die beim Täter zur Strafbarkeit erforderlich sind oder wegen der Art des vom Täter ausersehenen Mittels oder Gegenstandes überhaupt nicht zur Vollendung führen, so kann das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern oder von Strafe absehen." Es ist hiemit auch bei den oben aufgezeigten Fälle des sog. M. a. T. Milderung möglich, sowie das Absehen von Strafe. Ein besonders leichter Fall braucht hiebei nicht mehr vorliegen.

Aber auch in dieser Form können wir uns mit der Regelung der Bestrafung untauglicher Versuchsfälle nicht einverstanden erklären.

Die Bestimmungen über die Unrechtsfolgen beim Versuch als Ganzes bilden ein systemloses Gemisch von Ansichten und stehen teilweise im Widerspruche zu der proklamierten Idee der Gesinnungsstrafe.

3. Kapitel. Ausländische Entwürfe.

I. Abschnitt.

Die österreichischen Entwürfe 1909, 1912, 1922.

Oesterreich will nach den Entschließungen des österreichischen Nationalrats in der Regelung seiner Strafgesetzgebung mit Deutschland Hand in Hand gehen. Bereits der E. 1922 stellt einen Gegenentwurf in Form von Gegenvorschlägen zu dem allgemeinen Teil des ersten Buches des deutschen Strafgesetzentwurfes vom Jahre 1919 dar. Seither arbeitete Oesterreich mit Deutschland in der Aufstellung der folgenden Entwürfe 1925 und 1927 zusammen.

Die Reformbestrebungen der österreichischen Gesetzgebung beginnen bereits 9 Jahre nach Inkrafttreten des geltenden Strafgesetzbuchs von 1852. Seither wurden mehrere Entwürfe vorgelegt, 1874. 1889, 1891, 1902, 1909, 1912 und 1922. Uns interessieren vor allem die drei letzten, denen naturgemäß die größere Bedeutung zukommt. Diese drei Entwürfe stellen sich in der Frage der Versuchsbestrafung auf den Boden einer abgeschwächten subjektiven Versuchstheorie, in der Frage des Zweckes der Strafe auf dem Boden einer mehr oder weniger rein durchgeführten Gefährlichkeitsstrafe.

Auch Fälle des untauglichen Versuchs werden bestraft, doch nicht alle. Wir erwähnen z. B. die ausdrückliche Regelung des Gegenentwurfs 1922 § 24 Abs. 2. Nicht strafbar soll der Versuch sein — nach § 24 Abs. 1 fallen alle nur erdenklichen Handlungen unter die Versuchsstrafe, soweit sie eine mit Strafe bedrohte Tat zur Ausführung bringen sollen — „wenn er an einem Gegenstande oder mit einem Mittel unternommen wird, dessen Beschaffenheit den Eintritt des Erfolges unter allen Umständen ausschließt, es sei denn, daß der Täter nur infolge eines Zufalls oder eines Irrtums statt des geeigneten einen ungeeigneten Gegentand angreift, oder ein ungeeignetes Mittel verwendet". Nach dieser Bestimmung ist also nur ein Teil der absolut untauglichen Versuchshandlungen für straflos erklärt, während der andere Teil gleich der vollendeten Tat bestraft werden kann (§ 25). Nach unserer Ansicht wäre jedoch auch der Angreifer eines ungeeigneten Gegenstandes z. B. eines Baumstumpfes statt eines Menschen straffrei zu lassen. Eine annehmbare Regelung der Bestrafung untauglicher Versuchsfälle ist nach unserer Ansicht keinem der Entwürfe geglückt.

Im Vorentwurf 1909 § 14 ist die Frage nicht gsetzgeberisch geregelt, sondern an Hand einer entsprechenden Versuchsdefinition der Ansicht des Richters freier Spielraum gelassen. Damit ist aber niemand gedient.

Ueber alle diese Fragen, besonders über die Bestimmung des untauglichen Versuchs haben wir uns in unseren Darlegungen schon geäußert.

Mit einer prinzipiellen Strafgleichheit von Versuch und Vollendung oder einer fakultativen Strafermäßigung haben wir uns nicht einvertsanden erklärt. (Vgl. V.E. § 14, Reg. V. § 13, Geg.E § 25). Nachahmenswert erscheint uns lediglich die Regelung des strafbaren Vergehens-(Uebertretungs)Versuchs in V. E. und Reg. V. § 14 Abs. 3 bezw. § 13 Abs. 2. Der Versuch einer strafbaren Handlung ist danach strafbar, falls die Handlung mit einer 3 Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder 1000 Kronen übersteigenden Geldstrafe bedroht ist. Der Gegenentwurf stellt gemäß § 24 Abs. 1 alle Vergehensversuche unter Strafe. Auch diese Regelung läßt sich vertreten, doch erscheint es angezeigt, einige Ausnahmen zu statuieren. Man muß immer bedenken, daß der Versuch eines geringfügigen Deliktes bei weitem nicht die Bedeutung hat, als der eines schweren. Der Eindruck ist hier oft so gering, daß eine Bestrafung niemanden als nötig erscheint.

Die Bestimmung des § 26 Abs. 2, die demjenigen keine Strafbefreiung zukommen lassen will, der vom Versuch zurücktritt „wegen eines

Umstandes der die Aussicht, daß ihm die Tat gelingen, oder daß er der Bestrafung entgehen werde, merklich vermindert," liegt ein gesunder Gedanke zugrunde. Da von vornherein nur kriminalpolitische Gründe für eine Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch sprechen, so ist, wenn die Gefahr, daß der Täter sein Verbrechen verwirklicht, sowieso schon erheblich gemindert ist, kein Bedürfnis mehr vorhanden im Interesse des Schutzes der Rechtsgüter Strafreiheit zu gewähren. Dies entspricht auch der Gerechtigkeit am besten. Wer dagegen ohne äußeren Zwang zurücktritt, dem verzeihen wir lieber als dem, der zurücktritt, weil ihm nichts anderes übrigbleibt.

Vom Standpunkt einer Gesinnungsstrafe läßt sich diese Bestimmung ebenfalls erklären. Der Rücktritt ist Symptom der geänderten Gesinnung. Ist der Rücktritt nicht mehr ganz freiwillig, so kann man auf eine solche Gesinnung nicht mehr schließen.

II. Abschnitt.

Entwürfe der Schweiz 1916, 1918.

Die Schweiz war in ihrer Reformtätigkeit ebenfalls äußerst produktiv. Die bedeutendsten Entwürfe der letzten Zeit sind der Entwurf der zweiten Experten Kommission 1916 und der eidgenössische Entwurf 1918.

Beide Entwürfe huldigen hinsichtlich der Regelung der Versuchsbestrafung der abgeschwächten subjektiven Versuchstheorie; hinsichtlich der Bestrafung überhaupt lassen sie einmal die Gefährlichkeit der Tat, einmal die Gefährlichkeit des Täters als maßgebend erscheinen. Bei der Strafzumessung sind dem Richter die weitgehendsten Ermäßigungsbefugnisse eingeräumt.

Im Einzelnen gelten folgende Besonderheiten. Während der Versuch eines Verbrechens oder Vergehens ohne Unterschied strafbar ist, (Entwurf 16 Art. 22, eidg. E.Art. 19) wird der Versuch eine Uebertretung wie nach deutschen Entwürfen der Versuch eines Vergehens „in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen" bestraft, (E. 16 Art. 293, eidg. E. Art. 289) die allerdings gering an Zahl sind.[1])

In der Frage einer Milderbestrafung beim Versuch treffen wir in Art. 22 des E. 16 und Art. 19 eidg. E. folgende Bestimmung an: „Wer ein Verbrechen (Vergehen) auszuführen versucht, und mit der Ausführung begonnen hat, wird milder bestraft; führt er die strafbare Tätigkeit erfolglos zu Ende, so kann er milder bestraft werden". Es wird also hier auf die alte Differenzierung von vollendetem und unvollendetem Versuch hingewiesen. Wir erinnern an eine Forderung Liszts: Der Versuch wird milder bestraft, das fehlgeschlagene Verbrechen kann milder bestraft werden."[2])

Der sog. absolut untaugliche Versuch bildet nach den Entwürfen keinen Grund, unbedingt eine mildere Strafe anzuwenden, nur fakultative Ermäßigung der Strafe und diese nach freiem Ermessen.

[1]) Das neue Strafgesetzbuch für den Kanton Freiburg vom 9. 5. 1924 erwähnt die Bestrafung versuchter Uebertretung nicht, vgl. Art, 15 Abs. 1.
[2]) Vgl. dazu Hafter S. 200, 201.

ist vorgesehen. Vgl. Art. 23 des E. 1916 und Art. 20 Abs. 1 eidg. E. Das Gesetz sagt hierzu: „Ist das Mittel, womit jemand ein Vergehen auszuführen versucht, oder der Gegenstand, woran er es auszuführen versucht, derart, daß das Vergehen mit einem solchen Mittel oder an einem solchen Gegenstande überhaupt nicht ausgeführt werden könnte, so kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern." Es ist demnach jede mildere Strafart und jede geringere Strafgröße möglich. Mit der zit. Bestimmung ist aber das Gebiet des sog. Scheinversuchs noch nicht erschöpft. Dahingestellt bleibt es, ob auch die Fälle des M. a. T. unter § 20 Abs. 1 fallen. Dies ist mit Hafter[1]) zu verneinen. Bei solchen Handlungen kommen die Bestimmungen über Tatirrtum zur Anwendung, vgl. E. 16 Art. 20 Abs. 1 und eidg. E. 1918 Art. 17 Abs. 1. Trotzdem läßt sich daraus nicht eine andere Behandlung der Fälle des M. a. T. herauslesen.

Eine Ausnahme in der Bestrafung des absolut untauglichen Versuchs sehen die Entwürfe vor, wenn der Täter aus Unverstand handelte. E. 16 Art. 23 Abs. 2 eidg. E. Art. 20 Abs. 2.

Beim Rücktritt vom Versuch veranlaßte die einmal vorgenommene Trennung von vollendetem und nichtvollendetem Versuch den Gesetzgeber, im ersten Falle grundsätzliche Strafbarkeit zu bestimmen, nur Strafmilderung (nach freiem Ermessen des Richters) zu genehmigen, im zweiten Falle dagegen Straffreiheit zu gewähren. Vgl. E. 16 Art. 24 und E. 18 Art. 21. Der Wert einer solchen Bestimmung ist höchst fragwürdig. Beim nichtbeendeten Versuch ist nur ein Entgegenwirken gegen den Erfolg gefordert, nicht dagegen ein Abwenden des Erfolges, das beim fehlgeschlagenen Verbrechen nicht mehr möglich wäre.

Nebenstrafen, Nebenfolgen, bessernde und sichernde Maßnahmen, die wir im einzelnen nicht anführen wollen, kommen selbstverständlich auch beim Versuch in Anwendung, wenn die Voraussetzungen hierzu allgemein gegeben sind.

III. Abschnitt.

Vorentwürfe eines Strafgesetzes über Verbrechen und Vergehen und eines Uebertretungsgesetzes eines Cechoslovakischen Strafgesetzes 1926.

Diese Entwürfe proklamieren ein Schuldstrafrecht im Sinne einer Gefährlichkeits-, einer Willensbestrafung. Auf S. 21 sagt die Begründung: „Was der Schuldige beabsichtigt hat, was er vorausgesehen hat, oder was er voraussehen sollte, hat den Maßstab seiner Strafbarkeit zu bilden und keineswegs das, was aus seiner Tat vielleicht durch zufällige Verkettung der Umstände hervorgegangen ist. Es darf ihn grundsätzlich nicht entlasten, wenn es ihm nicht gelungen ist, das zu erreichen, was er durch seine Tat beabsichtigt hat". Statt Willens- und Tatschuld setzen die Entwürfe nur Willensschuld.

Diese Gedanken bestimmen auch die Regelung der Versuchsahndung. Versuch und Vollendung sind, da es bei der Bestrafung nur

[1]) S. 205.

auf den Willen ankommt, strafrechtlich gleichgestellt (§ 18 Abs. 1) vgl. Begr. S. 32.[1]) Versuch und Vorbereitungshandlung lassen sich nach der unklaren Begriffsbestimmung des § 18 Abs. 1 nicht mehr sondern. Eine Vorbereitungshandlung kann sehr wohl schon das Unternehmen einer strafbaren Handlung sein, je nachdem man den Begriff des Unternehmens faßt. Die Begründung S. 31 gibt dies auch zu, sie wollte absichtlich keine scharfe Trennungslinie ziehen, um der Praxis freie Hand zu lassen.

Für Fälle des tauglichen, wie des untauglichen Versuchs ist dem Gericht die Möglichkeit gegeben, den Strafsatz nach § 76 herabzusetzen, nämlich wenn „die Wahl der Mittel, die Art der Ausführung oder überhaupt die Ursache, derentwegen die Tat nicht vollendet wurde, von geringerer Gefährlichkeit des Schuldigen" zeugt. § 18 Abs. 2. Diese Bestimmung ist für eine subjektive Versuchstheorie logisch und einwandfrei und ein notwendiges Gegenstück zum Grundsatz der Gleichbestrafung von Versuch und Vollendung. Der böse Wille kann tatsächlich geringer sein, wenn jemand eine ungenügende Menge Gift gibt, einen zu geringen Schlag ausführt, auch wenn mangels Kaltblütigkeit und frivoler Gesinnung der Versuch nicht glückte.

Die Strafbarkeit des sog. absolut untauglichen Versuchs bejaht der Gesetzgeber ausdrücklich. § 18 Abs. 3 Satz 1. Dieser kann gleich der Vollendung nach § 18 Abs. 1 oder milder nach § 18 Abs. 2 bestraft werden. Auch diese Bestimmung zeugt von einer klaren Durchführung subjektiver Lehre. Warum soll auch für den absolut untauglichen Versuch eine Ausnahme gelten, wenn es doch auf den Willen ankommt?

Ein bloßes Versehen des Mittels wird also gewöhnlich gleich der Vollendung bestraft werden, wenn ein geeignetes Mittel ursprünglich ausgewählt war, während, wenn z. B. schon die Wahl des Mittels eine geringere Gefährlichkeit des Schuldigen vermuten läßt, in der Regel § 18 Abs. 2 in Anwendung kommen wird.

Die Aufgabe des Richters ist hier eine große.

Nur eine Inkonsequenz begehen die Entwürfe bei der Regelung der Bestrafung des untauglichen Versuchs, da sie den abergläubischen Versuch gemäß § 18 Abs. 3 Satz 2 generell sraflos erklären. Auch wer totbeten will, auch wer glaubt durch Ausschütten von Benzin entstehe bereits ein Brand (grober Irrtum über Naturgesetze) kann sehr gefährlich sein und an Entschiedenheit des Entschlusses sogar dem, der einen tauglichen Versuch unternimmt, nicht nachstehen.

Fraglich ist es auch hier, ob der M. a. T. bestraft wird. Zwar hat der Täter den Entschluß gefaßt, eine strafbare Handlung zu begehen, unternimmt er sie aber, wenn er den eigenen Schirm „stiehlt"? Wir würden es verneinen, denn seine Handlung ist keine strafbare, keine rechtswidrige Handlung. Sie qualifiziert sich juristisch auch gar nicht als Versuch, sondern als Vollendung. Wir denken hier objektivistisch. Die Entwürfe müssen jedoch auch in diesen Fällen kraft ihrer subjektiven Einstellung eine Bestrafung

[1]) Dagegen Köhler Gutachten S. 90.

zulassen. „Die Vornahme einer unverbotenen Handlung soll man jedoch nicht strafen, da die Gedankensünde dem Gebiet der Ethik und in schweren Fällen der Präventivpolizei zu überweisen ist". (Köhler Gutachten S. 89.)

Strafbar ist der Versuch bei allen Verbrechen und Vergehen (§ 18 Abs. 1) und bei den Uebertretungen nach § 4 Uebertretungsgesetz in den besonders bezeichneten Fällen.[1]) Von einer Bestrafung des Versuchs einer fahrlässigen Handlung (§ 18 Abs. 4) haben die Entwürfe Abstand genommen.

§ 19 Abs. 1 schreibt Straffreiheit auch bei tätiger Reue vor, Bedingung ist ein freiwilliges Verhüten des Erfolges. Für die Anwendung von Nebenstrafen und sichernden Maßnahmen gilt nichts besonderes.

IV. Abschnitt.

Der italienische Vorentwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch 1927.

Im italienischen Vorentwurf findet die objektive Versuchstheorie weitgehende Verwirklichung. Art. 52 Abs. 1 bestimmt: „Straflos bleibt, wer eine Tat, die keine strafbare Handlung bildet, in der irrtümlichen Annahme, daß sie eine solche bilde, begeht." Damit fallen die Fälle des Wahnverbrechens und des sog. M. a. T. aus dem Deliktsgebiet. Diese Vorschrift ist nachahmenswert. Dem objektiven Geschehen wird die gebührende Bedeutung beigemessen. Man sollte meinen, es sei selbstverständlich, daß nur der bestraft würde, dessen Handlung unter einen Deliktstatbestand fällt, daß z. B. nur der bestraft wird, der fremden Gewahrsam bricht, nicht auch wer die eigene Sache wegnimmt. Die verfehlten Ansichten der Subjektivisten machen jedoch einen solchen Gesetzespassus notwendig.

Der Entwurf fährt fort: „eine strafbare Handlung liegt nicht vor, wenn infolge Nichttauglichkeit der Handlung oder Nichtbestehens des Gegenstandes derselben der schädigende oder gefährliche Erfolg unmöglich ist". Art. 52 Abs. 3.

Der Grundsatz der Straflosigkeit von absolut untauglichem Versuch, von Versuch mit absolut untauglichen Mitteln, am absolut untauglichen, nicht existierenden oder nicht an der Stelle befindlichen Objekt wird dadurch legalisiert, im Zusammenhang mit Abs. 1 des Artikels. Der objektiv ungefährliche Versuch bleibt also straflos, der objektiv gefährliche wird bestraft.

Mit diesem Vorgehen des Entwurfs sind wir jedoch nicht ganz einverstanden, wir erinnern an unsere früheren Darlegungen. Die objektive Unmöglichkeit einer Tat läßt sich zu schwer feststellen. Im Großen und Ganzen geht jedoch der Entwurf den richtigen Weg. Auch wenn nach ihm vielleicht noch Handlungen straflos bleiben, z. B. Angriff eines körperlich Schwachen auf einen Athleten ben, (z. B. Angriff eines körperlich Schwachen auf einen Athleten

[1]) Dagegen Köhler Gutachten S. 87.

schaden kann, um zu vergiften usw.), so bringt Art. 52 Abs. 5 eine sehr begrüßenswerte Einrichtung, auch den Freigesprochenen noch zu fassen. Nicht weil er etwa doch eine rechtswidrige Tat begangen hätte, sondern weil er evtl. in Zukunft gefährlich sein kann, sind Sicherungsmaßnahmen zulässig. Nach Abs. 4 des Artikels können auch bei Vorliegen eines Tatirrtums im Falle des Abs. 1 (Wahnverbrechen und M. a. T.) Präventivmaßnahmen angeordnet werden. Dies ist der Fall z. B. bei dem, der einen Meineid leisten will und tatsächlich die Wahrheit schwört, nicht dagegen bei dem, der flucht, obwohl er glaubt, fluchen sei strafbar.

Strafbarer Versuch liegt demnach gemäß Art. 58 nur vor bei Begehung geeigneter Handlungen, „die auf die Begehung eines Verbrechens abzielen, wenn die Handlung nicht durchgeführt wird, oder der Erfolg nicht eintritt."

Der Versuch wird bei allen Verbrechen bestraft (darunter fallen auch Vergehen in unserem Sinne).

Ist ursprünglich Todesstrafe angedroht, so beträgt die Versuchsstrafe 24 bis 30 Jahre Gefängnis; ist im Vollendungsfalle Dauerzuchthaus vorgesehen, so ist die Versuchsstrafe 10 bis 24 Jahre Gefängnis. Im übrigen kann die Strafe bis auf ein Drittel des Mindestbetrages ermäßigt werden. Obligatorische Strafmilderung um eine Strafeinheit vgl. R.St.G.B. ist also hier durchgeführt.

Diese Bemessungsregeln halten wir für ausreichend. Ein zu großer Spielraum ist mit Recht vermieden.

Auffällig ist die Bestrafung des Versuchs bei geglückter tätiger Reue nach Art. 58 Abs. 4. Diese Bestimmung ist zu scharf, wenn auch die Strafe noch bedeutend herabgesetzt ist. Eine große Gruppe von Nebenstrafen Art. 26 bis 41 und Sicherungsmaßnahmen Artikel 187 bis 245 kommt auch neben der Versuchsbestrafung, soweit tunlich, in Anwendung.

Dem italienischen Entwurf kann man das Lob erteilen, daß er ein Vergeltungsstrafrecht in logischer und verbesserter Form bringt, lediglich die Bestimmung über die Ausdehnung des straflosen untauglichen Versuchs bedürfte unserer Ansicht nach einer Erweiterung.

V. Abschnitt.

Entwurf eines griechischen Strafgesetzbuchs 1924.

Der griechische Entwurf bringt in seinen Bestimmungen über die Unrechtsfolgen beim Versuch größtenteils einen Niederschlag subjektivistischer Auffassung. Doch deuten einige Bestimmungen auf objektive Einstellung des Gesetzgebers.

Der Entwurf straft nur Verbrechen und Vergehen (Art. 16), Versuch und Vorbereitungshandlung trennt er nach objektiven Gesichtspunkten.

Das Obligatorium einer Strafmilderung im Verhältnis zur Vollendung ist streng durchgeführt. Art. 17 Abs. 1 bestimmt: „Anstelle der nach dem Gesetz auf das vollendete Verbrechen anzuwendenden Todes- oder lebenslänglichen Zuchthausstrafe ist auf zeitiges Zuchthaus zu erkennen". Vgl. Art. 17 Abs. 2. Dies ist Zuchthaus

von 5 bis 20 Jahren. „In jedem anderen Falle muß die zu verhängende Strafe einerseits um ein Drittel niedriger sein als der Höchstbetrag der für die vollendete Handlung angedrohten Strafe, anderseits kann sie bis auf ein Viertel des Mindestbetrages ermässigt und hiebei die Zuchthaus- in eine Gefängnisstrafe verwandelt werden". Art. 17 Abs. 3.

Ein so weites Abstehen von Versuch- und Vollendungshöchststrafe wie im letzten Falle rechtfertigt sich weder aus objektiven wie aus subjektiven Gründen.

Eine weitere obligatorische Strafmilderung bringt Art. 18 Abs. 1 für den Versuch mit absolut untauglichen Mitteln und an absolut untauglichen Objekten. „Es kann hiebei die Strafe des Versuchs ohne Rücksicht auf die für die vollendete Handlung angedrohte Strafe bis zu dem Mindestbetrag der Gefängnisstrafe herabgesetzt werden; sie darf jedoch deren Höchstbetrag nicht überschreiten". Art. 18 Abs. 2.

Diese Bestimmungen bringen ein Zugeständis des Gesetzgebers zum Ausdruck, ein Zugeständnis, das der sog. absolut untaugliche Versuch eine ganz andere Art von Unrecht sei als der taugliche. Anstatt ihn von vornherein straflos zu erklären und die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nötigenfalls vorzuschreiben, hat der Gesetzgeber den Mittelweg gewählt, nämlich die nochmalige obligatorische Strafmilderung.

Eine Bestrafung von Fällen des M. a. T. bezw. von Wahnverbrechen dürfte durch die gegebene Begriffsbestimmung des Versuchs — es ist „ein Beginn der Ausführung" des Verbrechens oder Vergehens verlangt — ausgeschlossen sein.

Der aus Einfalt unternommene absolut untaugliche Versuch wird nicht gestraft, Art. 18 Abs. 3; Art. 19 sieht Straflosigkeit bei freiwilligem Rücktritt vom unbeendeten Versuch sowie bei tätiger Reue vor.

Auch Nebenstrafen, Nebenfolgen und sichernde Maßnahmen sind neben der Versuchsbestrafung möglich (vgl. Art. 51 bis 61).

E. Schluß.

Eine Betrachtung der Bestimmungen in- und ausländischer Entwürfe zeigt, wie sich der Gesetzgeber allenthalben abgemüht hat, die verschiedenen Kontroversen zu lösen. Keinem der Entwürfe ist eine durchaus einwandfreie Behandlung des Problems, insbesondere der Behandlung untauglicher Versuchsfälle geglückt. Die Lösung auf subjektiver Basis halten wir, wie aus unseren Ausführungen wiederholt hervorging, für unmöglich. Was tatsächlich geschehen ist, wollen wir bestrafen, der Wille des Täters wird nur so weit berücksichtigt. Unsere Vorschläge für ein zukünftiges Strafgesetzbuch gehen daher dahin, den Versuch als gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf ein Rechtsgut zu bestimmen. Damit ist von selbst die Grenze nach jeder Richtung hin gezogen. Die Vorbereitungshandlung wird nicht bestraft, ebenso der Versuch, soweit er noch keinen rechtswidrigen Angriff im Sinne der Notwehr darstellt. M. a. T. und Wahnverbrechen scheiden von selbst aus dem Kreise rechtswidriger Handlungen aus. Der so bestimmte Versuch soll bei allen Verbrechen bestraft werden und bei Vergehen mit Strafdrohungen in gleicher Höhe; der Versuch bei Vergehen, deren Höchststrafdrohung z. B. 3 Monate nicht überschreitet, soll straflos bleiben. Eine obligatorische Strafmilderung im Versuchsfalle ist beizubehalten, doch braucht sich die obere Grenze der Versuchsstrafe nicht weit unter der oberen Grenze der Vollendungsstrafe bewegen. Nebenstrafen können in Anwendung kommen soweit sie das Strafübel verschärfen sollen. Sichernde Maßnahmen sind auch bei Freisprechung für zulässig zu erklären. Der freiwillige Rücktritt von jeder Art des Versuchs macht straflos. Diese Regelung entspräche unseren Erachtens nach am besten dem Gerechtigkeitsempfinden.

Lebenslauf.

Am 16. Juli 1904 wurde ich zu München als der Sohn des damaligen Reallehrers, nunmehrigen Studienprofessors, Xaver Zinsmeister und seiner Ehefrau Maria, geb. Mayer, geboren. Von 1911 bis 1914 besuchte ich die Volksschule und daran anschließend das Wittelsbacher Gymnasium in München, das ich 1923 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Die Jahre 1923 bis 1927 waren dem Studium der Jurisprudenz an der Universität München gewidmet. Am 16. März 1927 bestand ich in München die erste Prüfung für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst und besuchte dann noch zu meiner weiteren Ausbildung die Universität Erlangen.

München, den 11. Mai 1929.

Karl Zinsmeister.